

Juridiska Institutionen
Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet

Avvägningar vid valet av forum i näringstvist

Privat eller offentligt?

Tillämpade studier i processrätt, 20 p
Programmet för jur. kand examen
Av: Christoffer Ohlson
Handledare: Doktorand Karol Nowak

Innehållsförteckning

1. Inledning	5
1.1 Syfte och problemformulering	7
1.2 Avgränsningar	7
2. En översikt över skiljeförfarandet	8
2.1 Översikt över svenskt skiljeförfarande	8
2.1.1 Historisk överblick	8
2.1.2 Skiljeförfarandet i Sverige idag	8
2.1.3 Principen om avtalsfrihet	9
2.2 Internationellt skiljeförfarande	10
2.2.1 Användningen av internationellt skiljeförfarande	10
2.2.2 Användningen av skiljedomsinstitut	10
2.2.3 Sveriges del i det internationella skiljeförfarandet	11
3. Förutsebarhet vid tvistlösning	12
3.1 Behovet av förutsebarhet vid tvistlösning	12
3.1.1 Rättssäkerhet och förutsebarhet	12
3.1.2 Innebörden av förutsebarhet i tvistlösningssammanhang	12
3.2 Processen som risk	13
4. Valet mellan privat och offentligt forum	15
4.1 Förlikningsbara tvister	15
4.1.1 Tvistens dispositiva natur	15
4.1.2 Alternativa tvistlösningmetoder	15
4.2 Valet mellan allmänt och privat forum	16
4.2.1 Skäl till att skiljeförfarande väljs som tvistlösningsmetod	16
4.2.2 Förklaringen till en ökad användning av skiljeförfarande	16
4.3 Fördelar och nackdelar med skiljeförfarandet	17
4.3.1 När är det fördelaktigt att använda skiljeförfarande	17
4.3.2 Fördelar med skiljeförfarande	18
4.3.3 Nackdelar med skiljeförfarande	19
4.3.4 Relativiteten hos fördelar och nackdelar med skiljeförfarandet	19

5. Förutsebarhet i skiljeförfarande	21
5.1 Partsdisposition över rättsanvändningen och förfarandet	21
5.1.1 <i>Partsdisposition i rättegång och skiljeförfarande</i>	21
5.1.2 <i>Rättssäkerhetsaspekten i skiljeförfarandet</i>	21
5.1.3 <i>Möjligheterna till anpassning av skiljeprocessen</i>	22
5.1.4 <i>Skiljeförfarandets funktion och förutsebarhet</i>	23
5.1.5 <i>Rättsskyddsanspråket i skiljeförfarandet</i>	24
5.1.6 <i>Handlingsdirigering och konfliktlösning i skiljeförfarandet</i>	25
5.1.7 <i>Konklusion om förutsebarheten i skiljeförfarandet</i>	27
6. Överväganden i samband med valet av skiljeförfarande	28
6.1 Den internationella aspekten	28
6.1.1 <i>Skiljeförfarande och rättegång ur ett internationellt perspektiv</i>	28
6.1.2 <i>Internationell gångbarhet hos skiljeförfarande</i>	28
6.1.3 <i>Synpunkter på internationell anpassning av skiljeförfarandet</i>	29
6.2 Utformningen av skiljeavtalet	30
6.2.1 <i>Betydelsen av en utförligt utformad skiljeklausul</i>	30
6.2.2 <i>Val av tillämplig lag för förfarandet</i>	30
6.2.3 <i>Val av plats för förfarandet</i>	32
6.2.4 <i>Val av förfaranderegler och forum</i>	33
6.2.5 <i>Val av skiljemän</i>	34
6.2.6 <i>Val av språk för förfarandet</i>	36
6.2.7 <i>Synpunkter på utformningen av skiljeavtalet</i>	37
6.3 Möjligheten till konfidentialitet i skiljeförfarande	37
6.3.1 <i>Behovet av konfidentialitet</i>	37
6.3.2 <i>Konfidentialitet i skiljeförfarande</i>	38
6.3.3 <i>Konfidentialitetens begränsningar</i>	39
6.3.4 <i>Överväganden vid behov av konfidentialitet i skiljeförfarandet</i>	40
6.3.5 <i>Synpunkter på möjligheterna till konfidentialitet</i>	40
6.4 Kostnader för skiljeförfarandet	41
6.4.1 <i>Parterna står för kostnaderna för skiljeförfarandet</i>	41
6.4.2 <i>Ersättningen till skiljemännen</i>	41
6.4.3 <i>Ersättning parterna emellan</i>	42

6.4.4	<i>Säkerhet för skiljedomskostnaderna</i>	43
6.4.5	<i>Överväganden vid valet av skiljeförfarande framför rättegång</i>	44
6.4.6	<i>Allmänna synpunkter på kostnader för skiljeförfarandet</i>	45
6.5	Erkännande och verkställighet av skiljedomar	45
6.5.1	<i>Betydelsen av erkännande och verkställighet</i>	45
6.5.2	<i>Verkställighet av svenska och utländska skiljedomar i Sverige</i>	46
6.5.3	<i>Synpunkter på verkställighet av skiljedomar i Sverige</i>	48
6.5.4	<i>Erkännande och verkställighet av skiljedomar internationellt</i>	48
6.5.5	<i>Överväganden i anledning av möjligheterna till verkställighet</i>	48
6.6	Säkerhetsåtgärder inom ramen för skiljeförfarandet	49
6.6.1	<i>Vikten av effektiva säkerhetsåtgärder i skiljeförfarandet</i>	49
6.6.2	<i>Befintliga möjligheter till säkerhetsåtgärder</i>	49
6.6.3	<i>Deldom som ett alternativ till säkerhetsåtgärder</i>	50
6.6.4	<i>Särskilda interimistiska åtgärder i skiljeförfarandet</i>	51
6.6.5	<i>Andra former av säkerhetsåtgärder</i>	52
6.6.6	<i>Överväganden och allmänna synpunkter</i>	52
6.7	Klander av skiljedomar	53
6.7.1	<i>Anledningen till att skiljedom kan angripas i domstol</i>	53
6.7.2	<i>Uppdelningen av ogiltighet och klander</i>	53
6.7.3	<i>Möjligheterna till klander av svensk skiljedom</i>	53
6.7.4	<i>Möjligheterna till klander av skiljedomar internationellt</i>	54
6.7.5	<i>Överväganden och allmänna synpunkter på klandermöjligheten</i>	55
7.	Avslutande synpunkter	57
	Litteraturförteckning	58
	Bilaga I – Stater anslutna till New York-konventionen	
	Bilaga II – Stater anslutna till Lugano-konventionen	
	Bilaga III – Stater anslutna till Bryssel konventionen	
	Bilaga IV – Stater som anslutit sig till UNCITRALs Modellag	

1. Inledning

Avtalsfriheten har en central ställning inom det moderna näringslivet. Avtalet är företagets grundläggande instrument för att förvärva resurser och avsätta produkter samt bilda sammanslutningar. Av grundläggande betydelse är därför möjligheten för företag att fritt sluta sådana avtal som låter företaget agera effektivt inom det ekonomiska systemet och således också gynna samhället i sin helhet. Avtalsfriheten beränsas endast om den kommer i konflikt med andra skyddsvärda intressen som väger tyngre. I övrigt gäller principen om pacta sunt servanda, att avtal ska hållas och att partsviljan ska respekteras i största möjliga mån.

Det är bara när samförståndet brister eller någon part saknar förmåga att fullgöra förpliktelser enligt avtalet som någon form av konfliktlösning är nödvändig. Det är också då det blir aktuellt att välja mellan de olika former av tvistlösning som står till buds. Vilken form av tvistlösning parterna än bestämmer sig för så tar de alltid en viss risk. Det traditionella domstolssystemet erbjuder en form av institutionaliserad tvistlösning, att med hjälp av opartiska domare avgöra konflikten enligt nationella lagar. De flesta former av tvistlösning är dock övervägande retrospektiva och siktar till att bestämma parternas förprocessuella förhållande.

Företagande är i allmänhet en prospektiv verksamhet och mycket handlar om att planera och försöka förutsäga behov och tillgångar i framtiden. Mycket lite intresse ägnas åt att blicka bakåt annat än som stöd för prognoser för kommande tider. Intresset av att straffa den andra parten är också av mindre vikt. Istället är parterna angelägna om att få tvister ur vägen så snabbt och smidigt som möjligt, för att kunna gå vidare och också fortsätta göra affärer med varandra. Det är inte kostnadseffektivt att vara inblandad i stora och segdragna tvister med andra affärsparter. Tvister ses ofta som misslyckanden. Effektiviteten i näringslivet är också beroende av att tvister sällan uppkommer eller avslutas snabbt och smärffritt, helst utan inblandning från utomstående. Ändå är det sällsynt att avtalsparter lägger någon större vikt vid att förbereda sig för hur eventuella tvister dem emellan ska lösas i framtiden.

Den svenska rättsordningen erbjuder två former av tvistlösning som leder till verkställbara avgöranden. Skiljeförfarandet är det system som erbjuder störst möjligheter till anpassning efter förhållandena i det enskilda fallet och i allmänhet leder till snabbare dom. Eftersom skiljeförfarandet har ett rykte om sig att vara bättre anpassat för tvister inom näringslivet är det vanligt förekommande att parter närmast av slentrian använder sig av skiljeklausuler. Det är möjligt för parter att träffa ett skiljeavtal utan några som helst formföreskrifter, vilket också gör det lätt för parter att göra valet av skiljeförfarande utan några djupare överväganden.

Vid valet av skiljeförfarande som tvistlösningsmetod är det därför också mycket viktigt att parterna är medvetna om vilka risker de tar och varför. Skiljeförfarande bör aldrig väljas av slentrian eller för att de flesta andra tvister inom samma område avgörs på detta sätt. Har parterna ingen nytta av de fördelar som skiljeförfarandet erbjuder, så ska de heller inte behöva dras med dess nackdelar, utan istället medvetet välja en annan form av tvistlösning, t ex rättegång. Skiljeförfarandet är inte alltid den bästa lösningen, hur utbredd dess användning än må vara.

Jag ska i detta arbete försöka peka på några av de särskilda egenskaper som skiljeförfarandet för med sig, för att därigenom söka påvisa hur de olika fördelarna och nackdelarna visar sig för parterna. Främst är syftet att skapa medvetenhet om konkreta fördelar och oönskade sideffekter som valet av skiljeförfarande medför. Eftersom skiljeförfarande präglas av

avtalsfrihet och överenskommelse mellan parterna är det omöjligt att analysera alla tänkbara situationer som kan uppstå i anledning av att parterna sinsemellan träffat ett skiljeavtal.

Det är dock viktigt att vara medveten om att den ordinära civilprocessen vid domstol genererar sina egna risker och moment av osäkerhet för parterna att ta ställning. De olika fördelar som framhålls i detta arbete kan i många avseenden också vändas till nackdelar under särskilda omständigheter. Medvetenhet om riskerna med de olika tvistlösningssystemen är därför nyckelordet i sammanhanget.

Eftersom arbetet till viss del inriktas på att undersöka förutsebarheten i skiljeförfarandet är det också en målsättning att aktualisera de olika typer av osäkerhetsmoment som innesluts i denna form av tvistlösning. Många av dessa moment uppstår till följd av att skiljeförfarandet än så länge är starkt beroende av nationella domstolar och rättssystem för att fungera effektivt. Det är i kontakten mellan skiljeförfarandet och dessa nationella system som osäkerheter uppstår. Kompatibiliteten mellan de olika systemen har förbättrats avsevärt genom att skiljeförfarandet vunnit erkännande i de flesta länder världen över och nationella rättssystem betraktar oftast inhemska skiljedomar på samma sätt som vanliga domstolsdomar. Den ökade kompatibiliteten beror också till mycket stor del på viktiga konventioner för erkännande och verkställighet, som gör skiljeförfarandet mer gångbart även på det internationella planet. På detta sätt påskyndas också ytterligare erkännandet av skiljedomar och förenklar olika aspekter av förfarandet.

Det är viktigt att tänka på att skiljeförfarande i sista hand baseras på parternas samförstånd om att lösa tvisten på detta sätt, för att uppnå fördelar man inte kan uppnå genom en vanlig rättegång. Om detta samförstånd brister försvinner också förutsättningarna för ett effektivt skiljeförfarande och många av fördelarna går om intet.

1.1 Syfte och problemformulering

Huvudsyftet med arbetet är att fästa uppmärksamheten på de hänsyn som behöver tagas vid valet mellan privat och offentlig rättskipning i allmänhet och vid utformningen av skiljeavtal i synnerhet.

Framställningen är uppdelad i två frågeställningar, varav den första främst behandlar behovet av och möjligheterna till förutsebarhet i skiljeförfarande jämfört med rättegång vid domstol. Är det möjligt att uppnå samma nivå av förutsebarhet i den avtalsbaserade processen och kompenserar denna andra brister i rättssäkerheten? En andra frågeställning utreder vilka problem och svårigheter parterna kan ställas inför vid valet av skiljeförfarande samt vilka överväganden som bör göras i anledning av dessa. Därmed utreds vilka hänsyn parterna bör ta med i beräkningen vid utformningen av skiljeavtalet för att skiljeförfarandet ska utfalla till deras fördel. Hur påverkas parterna praktiskt av de klassiska fördelarna och nackdelarna hos skiljeförfarandet?

1.2 Avgränsningar

Diskussionen av den första frågeställningen behandlar den inverkan avtalsfriheten och parternas disposition över tvistlösningen har på förutsebarheten samt hur detta påverkar skiljeförfarandets funktion i förhållande till den ordinarie civilprocessen i domstol.

Utredningen av den andra frågeställningen koncentreras till ett fåtal utvalda områden som skiljer sig åt i vissa avseenden mellan skiljeförfarande och rättegång i domstol. Utredningen begränsas därvid till de områden som traditionellt anses uppvisa stora skillnader och grunda skiljeförfarandets fördelar och nackdelar. Framställningen siktar därvid till att omfatta både svenska och internationella förhållanden, även om tyngdpunkten av naturliga skäl ligger på svenska förhållanden.

2. Skiljeförfarande: en översikt

2.1 Översikt över svenskt skiljeförfarande

2.1.1 Historisk överblick

Skiljeförfarande är en tvistlösningssystem som numera erkänns av de flesta rättssystem världen över. I Sverige är skiljeförfarande det enda avtalsbaserade tvistlösningssystemet som godkänts och lagfästs. Därmed har rättsordningen erkänt skiljeförfarandet som privat rättsskipning i framförallt tre hänseenden. För det första har lagstiftningen gett skiljeavtalet verkan som processhinder. En invändning om skiljeavtal hindrar vanligtvis en svensk domstol från att ta upp tvistefrågan till avgörande varför talan sålunda avvisas om giltigt skiljeavtal föreligger. För det andra ges parterna i ett skiljeavtal möjligheter att framtvunga fullgörelse av skiljeförfarandet samt ytterligare hjälpmedel för att motverka obstruktion under förfarandets gång. För det tredje vinner en skiljedom rättskraft som en vanlig svensk dom. Skiljedomen kan också verkställas genom exekutivt förfarande. Rättskraften förhindrar dessutom en svensk domstol från att ta upp samma fråga till ny bedömning.¹ Skiljeförfarandet är alltså en del av det integrerade rättssystemet.

Skiljeförfarandet är inget nytt påfund skapat för att tillgodose dagens krav på snabbhet och effektivitet, trots det stora användningsområdet och goda anpassningsförmågan. I själva verket är det äldre än domstolsprocessen, och det var vanligt att man förr använde sig av en tredje opartisk part för att lösa tvister. Redan i gamla urkunder från 1200-talet omnämns begreppet ”skiljeavtal”. Spår av användningen av skiljeförfarande i Sverige finns redan i Visby stadslag från 1300-talet.²

Under 1600-talets kommersiella uppsving med Hansan och handeln med Tyskland fick skiljeförfarandet en ökad betydelse som tvistlösningssystem och användes flitigt av handelshusen. Skiljeförfarandet lagstadgades då också i 1667 års sjölag och 1669 års exekutionsstadga. Även i 1734 års utsökningsbalk fanns med en bestämmelse i 4 kap 15 § som stadgade om användande av skiljeförfarande vid tvist när parterna av sagt sig rätten till överklagande. Skiljeförfarandet har under årens lopp bestått vid sidan av den ordinära civilprocessen som ett komplement till denna. År 1826 kom för första gången förslag om att skiljeförfarandet skulle inskränkas till att användas enbart vid dispositiva tvister, men det dröjde ända till den första Skiljemannalagen av 1884 innan det avtalsbaserade skiljeförfarandet godkändes till fullo av den svenska rättsordningen.³

Tendensen under senare år har varit att användningen av skiljeförfarande vid slitandet av dispositiva tvister ökar stadigt och oftast på bekostnad av den ordinära civilprocessen. Även utanför det egentliga affärslivet ökar användningen av skiljeförfarande som instrument för tvistlösning. Idag är skiljeförfarandet alltså en naturlig och mycket viktig del av det moderna affärslivet.

2.1.2 Skiljeförfarandet i Sverige idag

Skiljeförfarande handlar till största delen om kommersiella tvister inom det moderna affärslivet. Parter i skiljeförfaranden är mestadels större företag, ofta internationella sådana, med ett långt mindre behov av skydd från rättsordningen än den enskilda individen. De tvister

¹ Olsson/Kvart s. 23.

² Hassler/Cars s. 15.

³ Olsson/Kvart s. 15 samt Hassler/Cars s. 15f.

som avgörs genom skiljeförfarande befinner sig också företrädesvis på förmögenhetsrättens område. Ofta rör det sig också om relativt stora belopp som parterna tvistar om.

Det avtalsbaserade skiljeförfarandets betydelse ökar kontinuerligt. Idag används skiljeförfarande mest vid internationella företagstvister, tvister om stora belopp samt vid tvister rörande byggnads- eller anläggningsentreprenader. Historiskt har skiljeförfarandet också varit mycket betydelsefullt för slitandet av tvister inom sjörätten. På senare tid har det också blivit allt vanligare att använda sig av skiljeförfarande vid tvister mellan stater på det internationella planet.

2.1.3 Principen om avtalsfrihet

Avtalsfriheten är grundläggande i den moderna marknadsekonomi och affärslivet. De flesta rättsordningar i länder med marknadsekonomi godtar principen om avtalsfrihet mellan enskilda rättssubjekt. Därför är det också konsekvent att godta avtal som parter slutit om att tvister ska slitas av en utomstående och utanför allmän domstol. Det är heller inget självändamål att alla tvister mellan enskilda ska prövas av allmän domstol. Staten anses inte ha någon anledning att motsätta sig att parter självständigt träffar överenskommelser om privat tvistlösning i frågor som de ändå kan träffa förlikning om och alltså inte behöver dra till domstol.

Avtalsbaserad tvistlösning, eller rättsskipning, skiljer sig sålunda från den vanliga dispositiva civilprocessen på så sätt att den i långt större utsträckning grundar sig på avtalsfrihet. Den dispositiva civilprocessen har visserligen betydande inslag valfrihet som ger parterna vissa dispositionsmöjligheter, men den innebär samtidigt vissa begränsningar i förfogandet över förfarandet, själva processen, som parterna inte har full frihet att råda över.

De stora skillnaderna av formell eller teknisk art märks tydligt då den avtalsbaserade processen är rensad från de flesta processuella grundregler som styr den vanliga rättegången vid domstol. Skiljeförfarandet, som är en avtalsbaserad tvistlösningsform, skiljer sig därmed i många avseenden från den ordinära rättegången när det gäller utformningen av själva lagstiftningen. Detta faktum kan också ha att göra med skiljeförfarandets samhällsfunktion.

Bestämmelser avseende skiljeförfarande är vanligtvis dispositiva. De gäller därmed bara i den mån parterna inte själva kommit överens om något annat i skiljeavtalet. Det finns ingen avsikt att regler för skiljeförfarande eller andra avtalsbaserade tvistlösningssystem ska vara tvingande på något område. Internationellt gäller avtalsfriheten fullt ut i likhet med i Sverige. De begränsningar som finns ligger inbäddade i de nationella lagstiftningarna för skiljeförfarande och ger då endast uttryck för skyddshänsyn som är specifika för just den rättsordningen.

I Sverige kan parter exempelvis avtala om villkor och regler som avviker från lagen om skiljeförfarande, hädanefter refererad till som LSF. Den svenska lagen är alltså inte tvingande till någon del. Dock kan man räkna med att ett skiljeförfarande som ska genomföras i Sverige och som avviker från LSF på ett sätt som strider mot grunderna i den svenska rättsordningen, är möjlig att angripa genom talan om oskälighet vid svensk domstol. Stor hänsyn tas härvid till när skiljeavtalet slutits och vilken verkan det har för parterna i förfarandet. Det ska generellt sett ha varit möjligt för parterna att förutse konsekvenserna av skiljeavtalet för att detta inte ska kunna anses som oskäligt.⁴

⁴ Olsson/Kvart s. 19f.

Den del av lagstiftningen som är utelämnad i regleringen av skiljeförfarandet är tänkt att fyllas ut av innehållet i *skiljeavtalet*. Parterna kan själva komma överens om detta innehåll. Väljer parterna att inte reglera vissa frågor i skiljeavtalet överläts besluten ofta åt andra, t ex skiljemännen eller i sista hand allmän domstol i det land man valt att genomföra förfarandet. Lagstiftningen är därför bara tänkt att gripa in som ett slags reservsystem.

2.2 Internationellt skiljeförfarande

2.2.1 Användningen av internationellt skiljeförfarande

Till följd av New York-konventionen om erkännande och verställighet av internationella skiljedomar, det allmänna erkännandet av UNCITRAL-reglerna som föredömlig mall för skiljeavtal och användandet av modellagen världen över, har skiljedomsrätten blivit kraftigt internationaliserad. Idag anses skiljeförfarandet rentav vara det bäst anpassade systemet för tvistlösning i affärstvister och politiska konflikter mellan internationella aktörer. Ett flertal länder som infört ny lagstiftning för skiljeförfarande har också använt sig av modellagen som förebild och utvecklat snarlika kopior till denna i sin egen rättsordning. Exempel på länder som till fullo anammat modellagens utseende är Tyskland, Bulgarien, Cypern, Ryssland, Mexico samt Australien, Canada och en rad andra stater inom det brittiska samväldet.⁵

Samtidigt som skiljedomsrätten blivit mer internationaliserad finns dock en tendens till att nationella särdrag betonas vid stiftandet av ny nationella lagstiftning för skiljeförfarande. De europeiska länder som under 1980-talet stiftat nya lagar för internationellt skiljeförfarande har utfomat dessa med utgångspunkt i den egna nationens traditioner och gett de nya lagarna ett mer historisk och nationell prägel. Detta gäller exempelvis länder som Frankrike (1981), Belgien (1985), Nederländerna (1986), Schweiz (1987) och Spanien (1988). Ytterligare några länder har tagit intryck av modellagen men i övrigt gett lagstiftningen en utmärkande nationell prägel, t ex England och Finland.⁶

2.2.2 Användningen av skiljedomsinstitut

Användningen av skiljedomsinstitut har ökat i samma takt som användningen av skiljeförfarande i internationella affärstvister. Utvecklingen är likartad i Sverige och övriga Europa samt även i ett flertal andra länder världen över. Framför allt under det senaste decenniet har utvecklingen av nya skiljedomsinstitut och deras användning gått snabbt framåt. Under den senare delen av 1900-talet har skiljedomsinstitutens verksamhet också övergått från att mestadels ha varit nationell eller regional till att bli mer och mer internationell. Detta beror till övervägande del på utvecklingen inom den internationella handeln under de senaste årtiondena och det ökande antalet internationella tvister.⁷

Idag medverkar många skiljedomsinstitut till att slita internationella tvister genom skiljeförfarande. Skiljedomsinstitut som the International Court of Arbitration administrerad av the International Chamber of Commerce (ICC) och London Court of International Arbitration handhar enbart internationella skiljeförfaranden. Andra institut som Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut (SHS) och American Arbitration Association (AAA) handlägger både nationella och internationella skiljeförfaranden.

⁵ Olsson/Kvart s. 22.

⁶ Ibid.

⁷ A a s. 22f.

2.2.3 Sveriges del i det internationella skiljeförfarandet

Antalet internationella skiljeförfaranden som saknar anknytning till Sverige men som ändå väljer att ha svenskt forum har ökat stadigt sedan senare delen av 1970-talet. Till en början användes svenskt forum i en mängd skiljeavtal mellan f d Sovjetunionen och dess utländska handelspartners. Även Folkrepubliken Kina valde Sverige som neutralt forum när den slöt skiljeavtal med utländska handelskontakter. I de flesta skiljeavtalen anges att tvister ska slitas enligt SHS regler eller med institutet som ”appointing authority”, d v s att institutet står för valet av skiljemännen.⁸

⁸ Olsson/Kvart s. 23.

3. Förutsebarhet vid tvistlösning

3.1 Behovet av förutsebarhet vid tvistlösning

3.1.1 Rättssäkerhet och förutsebarhet

Förutsebarheten är en av grundförutsättningarna för rättssäkerhet. Det är således av stor vikt att undvika slumpmässighet och inkonsekvens under handläggningen av tvistemål.⁹ Det bör också alltid vara en fördel att uppnå så god förutsebarhet som möjligt, i alla rättsliga sammanhang, även processrättsliga sådana. Förutsebarheten representerar därför en av grundvalarna i de flesta rättsordningar och är knappast omdiskuterad eller ifrågasatt som rättslig företeelse. Förutsebarheten ger möjligheter till planering och all slags prospektiv verksamhet inom ett rättssystem. Därför är den också av stor konkret betydelse.

Det är främst i tvistlösningssammanhang som frågan om förutsebarhetens vara eller inte vara uppstår. Ekelöfs åsikt är att förutsebarheten inte behöver tillgodoses på samma sätt vid det processuella förfarandet som när det gäller förhållanden ute i samhällslivet eller vid tillämpningen av de materiella reglerna.¹⁰ Lindell påstår dock raka motsatsen varför åsikterna om förutsebarhetens betydelse vid tvistlösning går isär.¹¹ Därför är det också intressant med en komparation mellan rättegång och skiljeförfarande med avseende på förutsebarhetens roll.

3.1.2 Innebörden av förutsebarhet i tvistlösningssammanhang

En hög grad av förutsebarhet innebär konkret att parterna i en process ges bättre möjligheter till att göra realistiska bedömningar av vilka risker som är förenade med processen. Parterna ges därför bättre möjligheter till att göra riskkalkyleringar över vinstchansen samt vilken kostnad och tid som processen tar i anspråk. Eftersom det materiella rättsläget eller ett individualiserat avtalsförhållande har stor inverkan på vilka vinstchanser en part har i den enskilda tvistemålsprocessen, är det naturligtvis inte bara förutsebarheten i själva processen som avgör detta. Förutsebarhet i processsammanhang kan istället vara av vikt för att det rådande rättsläget, eller särskilda avtalet, inte ska kunna sättas ur spel genom det processuella systemets otillräcklighet eller oberäknelighet.

Civilprocessen ska under alla omständigheter endast fungera som ett instrument eller ett medel för att förverkliga innehållet i olika rättsförhållanden, oavsett om den dessutom har till funktion att bereda rättsskydd åt enskilda eller fungera handlingsdirigerande. Processen i sig har alltså inget egentligt egenvärde om den inte syftar till att fastställa eller klargöra ett visst rättsförhållande. En process bör därför inte påverka rättsförhållandet i alltför stor utsträckning, eftersom den som rättsligt instrument ändå får tillräckligt stora verkningar för parterna. Det är i första hand genom civilprocessen som enskilda har chansen att fastställa eller kräva fullgörelse för den rätt de påstår sig ha i ett visst rättsförhållande. Motivet med att uppnå förutsebarhet i processrättsliga sammanhang ligger därför i kravet på att kunna utföra en adekvat riskbedömning inför en eventuell process. Om processen ter sig som en chansning, t ex i fråga om tidsåtgång och kostnader, eller när det gäller bevisprövningen, så fyller den inte sin funktion i samhället som rättslig institution.

⁹ Stein s. 23f.

¹⁰ Ekelöf s. 50 och 82.

¹¹ Lindell, Civilprocessen s. 98.

3.2 Processen som risk

Riskbedömningar förekommer i flera led under prövningen av en tvistig fråga, från sakens anhängiggörande till själva avgörandet. Många olika regler är också involverade under handläggningen av ett tvistemål vilket resulterar i att flera olika riskmoment måste tas med i bedömningen. Med *risk* menas i allmänhet att det finns en möjlighet till att skada eller olägenhet uppkommer. I tvistlösningssammanhang är det således i anledning av själva processens handläggning och avgörande man riskerar att drabbas.¹²

När det gäller civilrättsliga processer är det alltid parterna själva som inleder dessa och därmed genomför genomför olika slags riskbedömningar inför processen. Käranden tar en konkret risk när han inleder den dispositiva tvistemålsprocessen vid domstol. Han riskerar alltid att förlora målet och därmed få betala sina egna och motpartens rättegångskostnader. Kärande bör därför alltid inleda med att göra olika riskbedömningar över chanserna att vinna processen, eller delvis, och om det överhuvudtaget är värt att genomföra processen. Kostnadsbedömningen är bara en, om än betydelsefull, aspekt i sammanhanget. Finns det risk för att processen blir långdragen eller försenad? Kommer saken bli tillfredsställande utredd och kommer avgörandet vara acceptabelt i förhållande till kärandens krav och gällande rätt?

Ett exempel på område där riskbedömningen har fått stor betydelse är inom bevisprövningen. Vid övergången till fri bevisprövning, ansåg man att detta var motiverat av att risken för materiellt oriktiga domar annars var överhängande, dvs med det legala bevissystemet. En ytterligare följd av denna riskbedömning var att några av RBs mest grundläggande principer om muntlighet, omedelbarhet och koncentration infördes.¹³

Även andra viktiga principer inom den svenska processordningen, som dispositionsprincipen och officialprincipen, vilar på ställningstaganden när det gäller riskbedömning. Där processreglerna baseras på dispositionsprincipen ligger risken eller delvis på parterna. Grundas processreglerna istället på officialprincipen, är det rätten som får ta risken för att tvistemålet blir tillfredsställande utrett.

I en dispositiv process vilar således risken för avgörandets materiella riktighet på parterna. Att man ger parterna ett visst inflytande över processen medför också att man ger dem en del av ansvaret för de konsekvenser avgörandet får. Ett ökat ansvar ställer högre krav på parterna och innebär antagligen att de sätter större tilltro till systemet, eftersom de själva är med och kontrollerar processen. Överhuvudtaget alla regler i RB som förutsätter att man måste göra en prognos över vilka konsekvenser som följer av deras tillämpning, vilar ytterst på riskbedömningar av olika slag.

I vissa fall är reglerna sådana att det allmänna åtnjuter nyttan medan parterna bara får bära risken. Om rättsfrågan t ex är tveksam kan ingen av parterna vara fullständigt säker på att få rätt när processen inleds. Parterna tar båda en stor risk med processen i detta fall. När sedan avgörandet kommer, så klargörs det tveksamma rättsläget och allmänna intressen tillgodoses genom domens principiella vägledning. Den tappande parten får således stå hela kostnaden för den allmänna nytta som ett principuttalande innebär.¹⁴

¹² Lindell, Civilprocessen s. 83.

¹³ A a s. 84.

¹⁴ A a s. 84f.

Men för att en riskbedömning från parternas sida inte ska vara fullständigt meningslös krävs att systemet uppvisar ett visst mått av *förutsebarhet*. I alla hänseenden gäller detta för civilprocessen, som ska se till att tvister avvecklas och rättsförhållanden får ett innehåll. Om den materiella rätten är svårbestämd på ett visst område, blir det än mer aktuellt att den process som ska ge rätten genomslagskraft, är desto mer förutsägbar. På så sätt kan parterna göra en godtagbar riskbedömning efter omständigheterna och förutse konsekvenserna av att tvisten löses genom en process.¹⁵

Många av riskerna med en process har direkt eller indirekt att göra med ekonomisk förlust. Syftet med att den tappande parten ska stå för kostnaderna i en rättslig process har med rättsskyddsprincipen att göra och bygger på att den som får rätt inte ska behöva betala för denna eller bli utsatt för rättsliga angrepp utan egen förskyllan.¹⁶ På detta sätt fungerar kostnadsfördelningen också som en sanktionsmekanism som verkar avhållande på enskilda att starta processer utan vinstutsikter eller för att sabotera. Att den tappande parten får stå kostnaden har då en viss handlingsdirigerande funktion utöver den rena skyddsfunktionen för den vinnande parten.

Olika riskbedömningar kan också föranleda att parter inte väljer att lösa sina tvister den vanliga vägen via domstol och rättegång, utan istället försöker hitta andra, mer anpassade former för tvistlösning. Exempelvis kan parterna till en uppkommen tvist välja att förlikas eller rentav ingå skiljeavtal och använda sig av skiljeförfarande för att lösa tvistefrågan. Riskbedömningar görs följaktligen inför valet av tvistlösningsmetod såväl som vid valet mellan att inleda eller inte inleda en process överhuvudtaget.

Frågan är om kraven på förutsebarhet är uppfyllda trots den uppenbara avsaknaden av klara regler och särskilda skyddshänsyn vid skiljeförfarande. I detta arbete ska jag ägna en del av utrymmet åt att diskutera denna aspekt av skiljeförfarandet. Jag kommer även diskutera ett antal områden som påverkar förutsebarheten i skiljeförfarandet och därvid ställer särskilda krav på parter och ombud.

¹⁵ Lindell Civilprocessen, s. 85.

¹⁶ A a s. 83.

4. Valet mellan privat och offentligt forum

4.1 Förlikningsbara tvister

4.1.1 Tvistens dispositiva natur

Analysen och jämförelsen behandlar tvister som parterna själva kan disponera över i sådan omfattning att de kan välja vilken form av tvistlösning de vill använda sig av. Det är vid uppkomsten av dispositiva tvister som det överhuvudtaget blir aktuellt att välja mellan olika tvistlösningsalternativ. Andra tvister omfattas inte av jämförelsen eftersom de hänvisas till att endast slitas i domstol, så länge inte någon annan form av tvistlösning är föreskriven, såsom legalt skiljeförfarande eller annan lagstadgad förhandling.

Förlikningsbara tvister är ytterst beroende av dispositionsprincipens utrymme i inom rättssystemet. Dispositionsprincipen är direkt knuten till den civilrättsliga förfoganderätten.¹⁷ Därmed är den också funktionellt sammankopplad med den materiella dispositionsrätten.

Det framgår inte direkt av RB vilka mål som är dispositiva till sin natur. Detta måste istället utläsas i den materiella rätten vid sidan om den processrättsliga regleringen. Ofta anger man att ett lagrum eller rättsområde är dispositivt i en av de inledande paragraferna till lagen, eller direkt i den lagregel som tillämpas. Eftersom dispositiviteten får relativt stora återverkningar på civilprocessen bör rätten avgöra om ett mål är dispositivt eller inte på ett relativt tidigt stadium.¹⁸ En snabb jämförelse kan göras med skiljeförfarandet där man avgör dispositiviteten på ett mycket tidigt stadium, i samband med att man upprättar skiljeavtalet.

När det väl utretts att ett rättsområde är dispositivt ges parterna förfogandemöjligheter över processen i formen av t ex återopande, förlikning, eftergivande och medgivande. Dessa förfogandemöjligheter har alla inverkan på det materiella avgörandet som rätten ska göra i slutändan.

Andra grundsatser tillämpas för dispositiva mål jämfört med indispositiva. Parterna ansvarar själva för t ex utredningen av sakfrågan i dispositiva mål. Vidare har parterna som nämnts en viss förfoganderätt över processmaterialet genom olika processhandlingar.

4.1.2 Alternativa tvistlösningsmetoder

Förlikningsbara avtalstvister kan lösas på något av dessa fyra sätt: *direkt förhandling mellan parter*, någon form av *alternativ tvistlösning* (t ex medling), *skiljeförfarande* (nationellt eller internationellt) eller *civilprocess vid nationell domstol* (inkluderat förlikning).¹⁹

Avtalsparterna måste alltid bestämma sig för hur man ska gå tillväga om en tvist inte går att lösa genom direkt förhandling. I synnerhet bör detta gälla för parterna till ett internationellt avtal i kommersiella sammanhang. Detta görs bäst i samband med framförhandlingen av kontraktet eller huvudavtalet. Det är också då man bör bestäma sig för om man vill lösa eventuella tvister i rättegång vid nationell domstol, eller om man istället vill använda sig av exempelvis skiljeförfarande.

Förlikningsinstitutet kommer inte behandlas som en självständig tvistlösningsform, utan endast i samband med skiljeförfarandet och den avtalsbaserade processen. De två vanligaste

¹⁷ Lindell, Civilprocessen s. 27.

¹⁸ A a s. 29.

¹⁹ Paulsson s. 1.

systemen för tvistlösning i Sverige är rättegång vid domstol och skiljeförfarande. Förlikningsinstitutet, som egentligen är en renodlad avtalsbaserad processform, ryms i egentlig mening under det ordinära domstolsförfarandet även om det avviker från detta system när det gäller förfarandet och bedömningen. Rättegång med förlikning inkluderad och skiljeförfarande är också de enda två alternativen som är uttryckligen godkända av den svenska rättsordningen på så sätt att de förekommer direkt i lagstiftningen.

Skiljeförfarandet som tvistlösningsmetod är inte tänkt att ersätta den dispositiva civilprocessen vid domstol. Istället hävdas att den traditionella rättegången vid domstol torde ha sina speciella funktioner som aldrig kan tillgodoses vid ett skiljeförfarande, även i fråga om tvister som parterna kan förlikas om.²⁰

4.2 Valet mellan rättegång och skiljeförfarande

4.2.1 Skäl till att skiljeförfarande väljs som tvistlösningsmetod

Det brukar framhållas att skiljeförfarande väljs av olika effektivitetskäl som snabbhet och flexibilitet, samt att skiljeförfarande tjänar de som vill få snabba avgöranden i hemlighet. Detta påstående stämmer väl överens med uppfattningen att den traditionella rättegången vid domstol är en långsam process som är dåligt anpassad till det moderna affärslivets behov.

Oavsett syftet med skiljeförfarandet och den avtalsbaserade processen kan den utnyttjas i vitt skilda syften på sina anpassningsmöjligheter. Ur ett tänkbart perspektiv är dessa möjligheter till anpassning inte bara önskvärda ur effektivitetssynpunkt utan även ur rättssäkerhetssynpunkt och kan ge parterna bättre förutsebarhet i processen. Det hänger i sista hand på vad man anser att rättssäkerheten omfattar. Det kan tänkas att det förekommit en viss förskjutning av fokus från materiell riktighet till personliga partspreferenser.

Det kan också ifrågasättas om förutsebarheten i skiljeprocessen verkligen är sämre än vid en ordinarie domstolsprocess. Kanske är det tvärtom så att det på ett enkelt sätt är möjligt att uppnå en bättre förutsebarhet i skiljeförfarandet.

Det kan förvisso hävdas att affärstvister är särskilt väl lämpade av avgöras genom skiljedom. Särskilt om de är av internationell art. Dessutom är förfarandet inte lika stelt och prestigeladdat som en rättegång utan mer likt förhandling och förlikning. På detta sätt försvåras inte heller framtida samarbete mellan parterna i lika hög grad.²¹

4.2.2 Förklaringen till en ökad användning av skiljeförfarande

Den alltmer utbredda användningen av skiljeförfarande bottnar delvis i att domstolarna inte har hållit måttet när det gäller att slita tvister i olika affärssammanhang. Främst är det här effektivitetsaspekten som åsyftas. Under senare år har nya och högre krav ställts på tvistlösningsmekanismerna i samhället och då särskilt i affärstvister mellan företag. Den ökade användningen av skiljeförfarande torde också vara en följd av utvecklingen på den internationella marknaden och den utökade globala handeln mellan länder och företag. Domstolarna har svårare att räkna till för att slita sådana tvister då parter generellt vill undvika nationella särdrag som påverkar utgången av prövningen. Skiljeförfarandet är i regel inte lika påverkat av sådana nationella särdrag.

²⁰ SOU 1995:65 s. 101-103.

²¹ Cars s. 14.

Problem gemensamma för de flesta länder, främst i form av långa handläggningstider och höga processkostnader, resulterar i att företag och andra rättssubjekt söker sig bort från det traditionella domstolssystemet mot andra former av tvistlösning.²² Nationella skillnader i samhällsstruktur såsom organisatoriskt, politiskt, ekonomiskt och socialt blir av mindre betydelse i det mer nationellt oberoende skiljeförfarandet. Skiljeförfarandet är ett allmängiltigt system med hög kompatibilitet och en allmän lösning på de gemensamma problemen. Särskilt i mellanstatliga tvister är behovet av ett nationellt oberoende forum stort.

Skiljeförfarandet uppfyller bättre de krav som ställs på rättskipningen i den moderna affärsvärlden. Förfarandet är också mest använt vid affärstvister med internationell anknytning och vanliga affärstvister. Användning existerar även utanför dessa huvudområden, men då antagligen mest på de vanliga domstolarnas knägång, för att få ett snabbare avgörande, eller genom slentrianmässigt tecknande av skiljeavtal i samband med avtalsslutet.

4.3 Fördelar och nackdelar med skiljeförfarandet

4.3.1 När är det fördelaktigt att använda skiljeförfarande

Det är främst i de internationella affärstvisterna som samtliga skiljeförfarandets fördelar gentemot den ordinära processen med rättegång vid nationell domstol framträder. För en privatperson däremot, kan det närmast vara till nackdel med hemlighetsmakeri och de höga kostnader relativt sett som förknippas med skiljeförfarandet. En person som känner sig kränkt och felbehandlad vill antagligen att kränkningen ska komma till allmänhetens kännedom.

Fördelar och nackdelar med skiljeförfarandet är härigenom ytterst beroende av det utgångsläge parterna befinner sig i. Det är dock klart så att skiljeförfarande bäst lämpar sig för större tvister om stora belopp mellan företag och då särskilt sådana med internationell anknytning, där parterna dessutom har särskilda krav på anpassning av processen.

Vid bedömningen av skiljeförfarandets fördelar och nackdelar måste också tas hänsyn till sakens beskaffenhet och de speciella omständigheterna i det individuella fallet. Den största fördelen med skiljeförfarandet är just flexibiliteten och möjligheten att avtalsvägen skräddarsy förfarandet efter parternas önskemål så att de får precis det tvistlösningssystem de vill ha eller är i behov av. De olika fördelarna och nackdelarna är därför ytterst relativa skiljeavtalets utformning. På detta sätt är skiljeförfarande i sig en fördel eftersom det är anpassningsbart i högre grad än den ordinära civilprocessen vid domstol. Nackdelarna följer med det ökade ansvaret för att rättskipningen blir tillfredsställande till ur rättssäkerhetssynpunkt. Skiljeavtalet blir härigenom mycket viktigt eftersom det är grunden för rättsförhållandet och styr hela skiljeförfarandets utseende. Det är i sista hand skiljeavtalets utformning som styr om skiljeförfarandet innebär fördelar eller nackdelar för parterna jämfört med en ordinär process.

Skiljeavtalets utformning blir därmed en fråga för noggrann avvägning av intressen och behov. Utformningen bör inte göras av ren slentrian, direkt efter en standardklausul och utan att överväga konsekvenserna av denna.²³ Överhuvudtaget bör man inte välja skiljeförfarande som tvistlösningssystem av ren slentrian utan endast efter noga överväganden av fördelar och nackdelar. Skiljeförfarandet ska alltid ha ett syfte att passa och anpassas efter parternas önskemål. Först när ett skiljeavtal utformats så att parterna kan förutse konsekvenserna av det

²² Lindell, Alternativ tvistlösning s. 9f.

²³ Hanqvist s. 110.

framtida förfarandet och dessa framstår som godtagbara, gärna även jämfört med andra möjligheter, då är man säker på att skiljeförfarande är det bästa alternativet för att slita tvisten.

4.3.2 Fördelar med skiljeförfarande

Vid en funktionell jämförelse mellan skiljeförfarandet och rättegången i vanlig domstol anser jag det lämpligt att utgå ifrån de olika hävdade fördelarna och nackdelarna hos systemen. Det är dessutom intressant att undersöka hur de olika skillnaderna påverkar tillgodoseendet av de grundläggande krav som ställs på rättskipningen i doktrinen.

De fördelar som oftast tillskrivs skiljeförfarandet över rättegången är först och främst sådana som har direkt med parternas inflytande över processen att göra. I skiljeförfarandet har parterna sålunda möjlighet att själva välja ut skiljemännen och vilken kompetens och expertis dessa ska ha.²⁴ När rättsförhållandet ställer höga krav på de inblandade parternas kunskaper inom ett visst område kan det vara en fördel om även de som ska avgöra eventuella tvister dem emellan är införstådda i frågorna. Parterna kan därutöver även komma överens om att utomrättsliga faktorer ska beaktas vid bedömningen av tvistefrågan.²⁵ Denna fördel är exklusiv för skiljeförfarandet och kan få stor inverkan på det slutliga avgörandet.

Parterna har därutöver möjlighet att anpassa förfarandet efter egna önskemål om exempelvis effektivitet, snabbhet och sekretess.²⁶ Ett snabbt slutgiltigt avgörande kan vara av stor betydelse för parter som snabbt och smärtfritt vill få tvisten ur världen. På detta sätt kan parterna också minska kostnaderna i samband med processen. Genom att undvika möjligheten till materiell överprövning i flera instanser som hänger ihop med en vanlig rättegång kan parterna spara både tid och pengar, vilket kan ha avgörande betydelse för deras repektive affärsverksamheter.²⁷ Möjligheten till konfidentialitet i ett skiljeförfarande är en avgörande skillnad från den ordinära domstolsprocessen och kan vara av stor betydelse för parterna i vissa situationer, t ex då det finns ett trängande behov av att skydda företagshemligheter från att komma till allmänhetens kännedom.

Vidare anses skiljeförfarandet erbjuda fördelar genom att det är lättare att vinna erkännande och utverka verkställighet för skiljedomar utomlands.²⁸ Detta beror främst på att omfattningen av Bryssel- och Luganokonventionerna är mindre än New York-konventionen vad gäller antalet medlemsstater.²⁹ Möjligheterna till verkställighet inom en viss jurisdiktion är måhända det viktigaste kravet vid valet av skiljeförfarande framför rättegång vid vanlig domstol. Processen förlorar sin mening om avgörandet inte kan verkställas av den vinnande parten. Verkställigheten aktualiserar dessutom frågan om den internationella gångbarheten hos tvistlösningsmekanismen. Skiljeförfarandet anses vara en internationellt vedertagen företeelse som har större gångbarhet jämfört med nationella domstolar. Den internationella aspekten av jämförelsen mellan den nationella rättegången och skiljeförfarandet blir oundviklig då det är på det internationella planet som skiljeförfarandet har fått sin hittills största betydelse och är den mest realistiska konkurrenten till nationella domstolar.

²⁴ SOU 1995:65 s. 58.

²⁵ Hanqvist s. 112.

²⁶ SOU 1995:65 s. 34.

²⁷ Cars s. 15 samt SOU 1995:65 s. 65f.

²⁸ SOU 1995:65 s. 61.

²⁹ Se Bilagor I-III.

4.3.3 Nackdelar hos skiljeförfarande

Den mest påfallande påstådda nackdelen med skiljeförfarandet jämfört med en vanlig rättegång är att man gör avkall på rättssäkerheten till förmån för rena effektivitetshänsyn. Skiljeförfarandet påstås leda till minskad rättssäkerhet genom en ökad risk för materiellt oriktiga avgöranden.³⁰ Man har också sämre möjligheter till överprövning av skiljedomar, vilket kan innebära att eventuella materiellt oriktiga avgöranden inte korrigeras i efterhand. Dessa ovan nämnda nackdelar härrör från den utökade partsdispositionen i avtalsprocessen. Det måste dock tas med beräkningen att parterna medvetet avstått från rätten till överprövning till förmån för fördelen av att få till stånd ett snabbt slutligt avgörande på tvisten.

Andra nackdelar som har nära samhörighet med parternas inflytande över processen är den bristande rättskraften mot tredje man, d v s rättssubjekt som inte omfattas av det mellan parterna upprättade skiljeavtalet. Detta resulterar i att en skiljedom inte har lika stor räckvidd som en vanlig dom. Denna nackdel beror till stor del på att man har möjlighet att beakta även utomrättsliga faktorer vid prövningen i skiljeförfarande. Detta kräver att rättskraften hålls kvar inom det individuella rättsförhållandet mellan parterna till skiljeavtalet.

I ett skiljeförfarande är det vidare en nackdel med svårigheten att kumulera flera mål som har nära samhörighet med varandra. Detta beror också av den bristande räckvidden utanför det rättsförhållande som grundas av skiljeavtalet samt att varje skiljeavtal ger upphov till en individualiserad rättslig relation som är svår att förena med andra.³¹ Av samma skäl är det inte självklart hur man ska gå tillväga vid cession av ett skiljeavtal. Dessa tredjemansaspekter är dock inte föremål för diskussion i den här framställningen.

Slutligen hävdas att skiljenämnden inte har tillräckliga befogenheter att besluta om olika säkerhetsåtgärder och andra tvångsåtgärder inom ramen för skiljeförfarandet.³² I vissa lägen kan det bli nödvändigt för parter att vända sig till domstol och vidta nödvändiga åtgärder för att inte riskera att råka ut för rättsförluster, t ex p g a att motparten undanskaffar egendom eller andra föremål av betydelse för tvisten. Att inte kunna utverka tillräckliga tvångsåtgärder vid användandet av skiljeförfarande är en stor brist som också har stor återverkan på förutsebarheten för en part i en dispositiv tvist.

Det har debatterats mycket huruvida skiljeförfarande är en dyr tvistlösningsform eller inte. Huruvida kostnaderna i det enskilda förfarandet överstiger de i en vanlig domstolsprocess är inte säkert och alltså finns det inget som säger att kostnadsfrågan alltid ska räknas som en nackdel. Kostnadsfrågan har betydelse för rättsskipningens funktion och rättssäkerheten i vissa avseenden men också reell betydelse för förutsebarheten i processen och parternas överväganden i anledning av denna. Främst är det här fördelningen av kostnaderna som är av betydelse för parterna och därför intressanta att undersöka närmare.

4.3.4 Relativiteten hos fördelar och nackdelar med skiljeförfarandet

Alla dessa påstådda fördelar och nackdelar jämfört med rättegången ska ses som potentiella sådana. Fördelarna och nackdelarna blir av olika stor betydelse beroende på utformningen av skiljeavtalet och de individuella omständigheterna i varje enskilt fall.³³

³⁰ SOU 1995:65 s. 59.

³¹ Paulsson s. 5.

³² Ibid samt Hanqvist s. 112.

³³ Paulsson s. 4.

Denna översiktliga jämförelse av fördelar och nackdelar hos de olika processformerna får alltså inte uppfattas så att en fördel hos skiljeförfarandet automatiskt innebär en nackdel hos rättegången eller tvärtom. Fördelar och nackdelar blir alltid relativa omständigheterna i det enskilda fallet och beroende på vad saken för tvistemålet rör sig om. Många av fördelarna kan ofta vändas till nackdelar beroende på situationen i varje enskilt fall.

I den följande diskussionen ämnar jag koncentrera mig på att utreda och analysera skillnader mellan avtalsprocessen och den ordinära processen genom rättegång. Jag kommer därvid att ta min utgångsunkt i dessa påstådda fördelar och nackdelar hos respektiva system eftersom de tjänar som en värdefull grund för valet mellan de två tvistlösningsformerna.

Den mest grundläggande skillnaden mellan skiljeförfarandet och rättegången ligger i den tänkta eller faktiska *funktionen* i samhället. Vidare präglas respektive system av olika principer, vilka yttrar sig i hur de konkreta reglerna utformas och används. Därför är det av vikt att först och främst utreda skillnader i ändamål och syfte i de två systemen för att se hur detta påverkar rättssäkerhetshänsyn och förutsebarheten i processen.

5. Partsdispositionens inverkan på förutsebarheten

5.1 Partsdispositionens inverkan på rättssäkerheten i skiljeförfarandet

5.1.1 Partsdisposition i rättegång och skiljeförfarande

Den avgörande skillnaden mellan en avtalsbaserad process som skiljeförfarandet och rättegång vid domstol, är de facto partsdispositionen och konsekvenserna av denna. Den mest markanta skillnaden är således att parterna i ett skiljeförfarande disponerar över själva förfarandet i processen. Merparten av de fördelar som tillskrivs skiljeförfarandet gentemot rättegången, kommer också av att parternas disposition över rättsanvändningen och förfarandet är långt större än vid en vanlig civilprocess vid domstol.³⁴

I en ordinär rättegång har rättsanvändningen till stor del präglats av principen om *iura novit curia*, som innebär att rättsatser inte behöver bevisas. Den vidare innebörden av principen blir därmed att parterna inte kan eller får ge rätten anvisningar om själva rättsanvändningen. Kallenberg håller hårt på denna princip om att rätten ensam ska ha inflytande över själva den rättsliga tillämpningen. Han tillerkänner inte parterna någon rätt att ge domstolen anvisningar i syfte att styra eller förenkla den rättsliga bedömningen i någon riktning.³⁵

Bolding intar en närmast rakt motsatt position. Han menar att rätten endast bör bortse från instruktioner rörande rättsanvändningen som har mycket vag karaktär.³⁶ Bolding anser också att klara anvisningar istället kan var till stor nytta i olika hänseenden. Eckhoff utvecklar resonemnet något genom att tillägga att det bör krävas *aktivitet* från parternas sida för att sätta principen om *iura novit curia* ur spel eller undvika att viss regel tillämpas.³⁷

Heuman anser att det är bra att parter ges möjlighet att disponera över rättsfrågan så länge rättskipningen inte försvåras. Hans ståndpunkt kan tydligt utläsas av följande citat: ”Det allmänna intresset av prejudikatbildning och enhetlig rättstillämpning får stå tillbaka för parternas intresse av att få en enkel lösning i överensstämmelse med vad de kan enas om.”³⁸

5.1.2 Rättssäkerhetsaspekten i skiljeförfarandet

Kallenberg anser att processens främsta funktion är att ge *rättsskydd* åt enskilda. Han menar att denna funktion är oförenlig med parternas disposition över processen, eftersom ett långtgående inflytande på processen från parternas sida kan medföra att den *materiella rätten kan åsidosättas*.³⁹

Ett av de främsta argumenten mot att använda sig av skiljeförfarande är således att viktiga *rättssäkerhetsgarantier åsidosätts* genom den totala partsdispositionen över rättskipningen. Det mest tydliga exemplet på bristande rättssäkerhet anses vara de försämrade möjligheterna till överprövning av materiellt oriktiga domar. I den ordinarie domstolsprocessen finns möjlighet att överklaga ett avgörande upp till tre instanser och dessutom finns möjligheten att

³⁴ Med *rättsanvändning* menas den bedömning som en domare behöver företa för att göra ett slutgiltigt avgörande av tvisten. Här ingår alltså frågor som bevisvärdering, tolkning av rättsregler samt användningen av andra anvisningar till rätten före eller under processens gång. *Förfaranderegler* inbegriper regler som rör handlingsregler för både rätten och parterna samt hur processen utformas.

³⁵ Lindell, Partsautonomins gränser s. 64ff.

³⁶ Bolding s. 124ff.

³⁷ Lindell, Partsautonomins gränser s. 66.

³⁸ Citat ur Lindell, Partsautonomins gränser s. 67.

³⁹ Ibid.

i efterhand angripa en dom med extraordinära rättsmedel. Det påstås därmed att risken för misstag i rättskipningen i allmänhet torde minska om rättsfrågor kan prövas i flera instanser. Skiljeförfarandet, som syftar till att nå ett snabbt slutligt avgörande, ger som huvudregel inga sådana möjligheter till överprövning. Därför skulle parterna också löpa större risker för felaktigheter i skiljeförfarande jämfört med rättegång vid domstol.⁴⁰

Mot denna argumentation kan ställas det faktum att parterna faktiskt erhåller ett snabbare avgörande på tvisten, att de själva kan anpassa förfarandet efter egna önskemål, att de själva valt att utsätta sig för denna ”risk” och att de därför väljer bort rättssäkerheten i den särskilda bemärkelsen att de inte eftersträvar en materiellt riktig dom. Det kan ses som att detta rättssäkerhetsbegrepp är alltför hårt knutet till den materiellt riktiga domen och inte till att parterna får den lösning de själva vill ha. Det parterna i första hand eftersträvar torde vara så god förutsebarhet som möjligt för att kunna överblicka konsekvenserna av sitt handlande, både under förfarandet och vid sidan om. Vid uppräknandet av fördelar och nackdelar med skiljedomsprocessen nämns aldrig förutsebarhet som en betydelsefull faktor i sammanhanget, vilket är märkligt då förutsebarheten torde vara ett grundläggande krav på rättskipningen och en förutsättning för rättssäkerhet. Det torde också viktigt för parterna att kunna förutse chanserna att vinna den aktuella processen.

Det bör också framhållas att skiljeförfarandet förvisso innehåller några möjligheter att angripa skiljedomen, t ex genom ogiltighetsförklaring, klander på en felaktigheter och förbehåll om överprövning i vissa fall, varför beskrivningen ovan inte ger en rättvisande bild av saken.⁴¹ Min argumentation går i huvudsak ut på att förutsebarheten är en betydelsefull faktor som kan ersätta kravet på en materiellt riktig dom och således också tjäna parternas intresse av rättssäkerhet i skiljeförfarandet. I den följande framställningen ämnar jag vidare diskutera till vilken grad förutsebarhet är möjlig i skiljeförfarandet jämfört med i en domstolsprocess.

5.1.3 Möjligheterna till anpassning av skiljeprocessen

Inom ramen för skiljeförfarandet kan parterna ensamma förfoga över vem som ska avgöra tvisten, huruvida utomrättsliga faktorer ska beaktas samt anpassa själva förfarandet efter egna önskemål, t ex av effektivitetshänsyn. På så sätt kan parterna välja att anpassa förfarandet för att så snabbt som möjligt få till ett slutligt avgörande av tvisten för att snabbt kunna gå vidare.

Skälen till att parterna vill anpassa rättskipningen kan vara av många olika slag. Parterna kan anse att en viss lagregel är svårtillämpad eller kräver alltför dyrbar och omfattande utredning. Skälet kan också vara att parterna inte vill tillmäta vissa specifika rättsfakta någon betydelse i processen. Många gånger vill parterna inte heller utsätta tvisten för allmänhetens granskning genom den offentlighet som tillämpas i rättegång vid domstol.⁴²

När parterna är ense om hur en svårtillämpad regel ska användas blir den processekonomiska aspekten mycket framträdande. Domstolen slipper själv göra en komplett bedömning och har därför endast att pröva subsumtionsfrågan eller döma ut rättsföljden. En överenskommelse har således sin allra största betydelse när rättsfrågan är oklar. Parternas överenskommelse hjälper då domstolen att begränsa sin bedömning.

⁴⁰ SOU 1995:65 s. 58f.

⁴¹ Se t ex LSF 33-34 §§ om ogiltighet och klander av skiljedom i svensk rätt.

⁴² Lindell, Partsautonomins gränser s. 74.

Ett annat och mycket viktigt skäl till parter vill använda sig av en anpassad avtalsprocess kan vara att de på bästa möjliga sätt vill kunna förutse målets ramar.⁴³ Genom att ge anvisningar till rätten kan parterna bättre planera sin argumentation och därmed vara säkra på att inte bli överraskade av rättstillämpningen. I detta avseendet är det alltså förutsebarheten i systemet som är den avgörande fördelen jämfört med den vanliga rättegången.

5.1.4 Skiljeförfarandets funktion och förutsebarhet

I dispositiva civilrättsliga tvister, där förmögenhetsrättsliga frågor dominerar, aktualiseras i hög grad frågan om processens funktion i samhället. I dispositiva förmögenhetsrättsliga avtalstvister kan det verka som att processen närmast får funktionen av ett konfliktlösande instrument till parternas förfogande och när de själva ber om hjälp. Parterna behöver inte ens ta saken till domstol, utan kan träffa en frivillig överenskommelse i form av en förlikning. Om parterna begär det är rätten i Sverige tvingad att stadfästa och ge rättskraft åt en förlikning på samma sätt som en vanlig dom, så länge överenskommelsen inte strider mot grunderna i rättsordningen.⁴⁴ Vid förlikning ger dispositionsprincipen därmed fullt utslag inom rättssystemet. Principen ger också utrymme för skiljeförfarandet, som kan användas vid samma tvister som förlikning.

Huruvida civilprocessen uppfyller sina samhällseliga funktioner att ge rättsskydd och verka handlingsdirigerande, verkar komma mer i skymundan i den avtalsbaserade tvistlösningen. De omdebatterade funktionerna hamnar enligt min mening i skuggan av den interna konfliktlösningen mellan parterna vid förlikning, skiljeförfarande och i viss mån också i den vanliga dispositiva civilprocessen i rättegång. Dessa tre alternativ till tvistlösning ligger parallellt och konkurrerar inom den svenska rättsordningen. Alla former av avtalsbaserad tvistlösning torde ha starkare drag av konfliktlösning än handlingsdirigering.

Enligt Ekelöf skulle dispositionsprincipen inte minska den handlingsdirigerande funktionen hos civilprocessen, eftersom risken för sanktioner fortfarande är allstädes närvarande. Det är *risken* som utgör det effektiva sanktionstrycket, och detta är alltid viktigare än rättvisa i det enskilda fallet.⁴⁵ Vissa regler rörande processmaterialet är dock undantagna från parternas dispositioner. Reglerna om bevisvärdering och rättstillämpning har parterna därför inget inflytande på i den ordinära civilprocessen. Att just dessa områden av processen är undantagna från påverkan av dispositionsprincipen kommer av en gammal princip hämtad ur medeltida italiensk rätt. Rätten bedömer därför alltid bevis och rättsfakta efter eget gottfinnande och oberoende av vad parterna åberopar eller om de motsätter sig bedömningen.⁴⁶

Frågan om skiljeförfarandets funktion aktualiseras redan av det faktum att skiljeförfarandet existerar som alternativ till den vanliga rättegången vid domstol vid slitandet av förlikningsbara tvister. Det är uppenbart att det finns en efterfrågan och ett behov av ett alternativ till både rättegången och förlikningsinstitutet. Skiljeförfarandets blotta existens antyder därmed att det fyller en viktig funktion inom rättskipningen.

Är skiljeförfarandet inget annat än ett bekvämt instrument för konfliktlösning mellan parter? Tillgodoser det verkligen inte kraven på rättssäkerhet och förutsebarhet i lika hög grad som domstolsprocessen. Vid en hastig bedömning verkar det inte finnas samma krav på att

⁴³ Lindell, Partsautonomins gränser s. 75

⁴⁴ RB 17:6.

⁴⁵ Ekelöf s. 54.

⁴⁶ Ibid.

tillgodose både allmänna och enskilda intressen inom skiljeförfarandet. Detta betyder dock inte att sådana funktioner inte tillgodoses i skiljeförfarandet. Det torde dock stå klart att det inte finns utrymme för samma slags skyddshänsyn inom skiljeförfarandet som inom den ordinarie civilprocessen.

5.1.5 Rättsskyddsanspråket i skiljeförfarandet

Rättsskyddsanspråket betyder i praktiken att en samhällsmedborgare i händelse av tvist ska kunna vända sig till domstol för att få den rätt som tillkommer denne, i sista hand tvångsvis genom exekutivt förfarande. Utgångspunkten i teorin är tanken om att processen rör sig om en rättighet eller ett rättsförhållande. Denna utgångspunkt förutsätter att ett yrkande går ut på att erhålla rättsskydd för ett av käranden påstått rättsförhållande.

Kallenberg företräder den ståndpunkten att domstolen träder in endast på begäran av den enskilde som är i behov av rättsskydd och endast i detta syfte påkallar domstolens avgörande. Enligt Kallenberg är alltså förhållandet mellan den enskilde och domstolen ett offentligrättsligt sådant.⁴⁷ Rättsskyddsanspråket innebär att en part begär rättsskydd av domstolen och denna är då skyldig att ge detta skydd eftersom självhjälp i princip är otillåten.⁴⁸ När parterna istället går till domstol och ger anvisningar rörande rättsanvändningen menar Kallenberg att parterna inte söker rättsskydd i traditionell mening. Parterna begär istället att en *konflikt* dem emellan ska prövas enligt deras anv. Därmed riskerar den materiella rätten sättas åt sidan.

Kallenberg har också uttryckligen uttalat att i en process är domarens uppgift att genom tillämpning av den objektiva rätten fastställa vad som är rätt mellan parterna. Därför är ovan nämnda beteende inte en begäran om rättsskydd. Därför är det också naturligt att Kallenberg inte heller räknar skiljeförfarandet som ett rättsskyddsförfarande, eftersom man där har möjligheten att avgöra tvisten efter rena billighetshänsyn. Omedelbar och långtgående disposition över rättsanvändningen från parternas sida gör enligt Kallenbergs teori att parterna inte anses söka rättsskydd i traditionell civilrättslig mening. Av detta skäl ska anvisningar till rätten om rättsanvändningen heller inte vara acceptabla, då processens primära funktion och syfte är att ge rättsskydd åt den enskilde.

Med detta synsätt kan man inte anse skiljeförfarandet vara en tvistlösningsform som kan ge rättsskydd åt enskilda i Kallenbergs mening. Man kan dock självklart ifrågasätta om inte Kallenbergs syn på rättsskyddet är något snävt utformad. Genom att så starkt sammanknyta rättsskyddet med den materiella rättens förverkligande finns det inte något utrymme för att tillmäta andra faktorer någon betydelse, t ex parternas önskemål.⁴⁹ När rättsskyddet anses bundet till den materiella rätten i alltför hög grad struntar man därmed i parternas egen vilja och deras syn på vad rättsskydd innebär för deras del. Kallenberg utgår från att parterna eftersträvar den materiella rätten och inget annat, och att det föreligger en materiell intresse motsättning mellan parterna. Rättsskydd *förutsätter* alltså den materiella rättens förverkligande.

Det kan hävdas att partsviljan och parternas behov av att kunna förutse konsekvenserna av processen är viktiga element inom tvistlösningen och att dessa faktorer har ett samband med rättsskydd och rättssäkerhet. Det kan också hävdas att en reell intresse motsättning kan existera mellan parterna även om de de kommit överens om vilken regel som ska tillämpas

⁴⁷ Lindell, Partsautonomins gränser s. 83f

⁴⁸ A a s. 84.

⁴⁹ Ibid.

vid prövningen av saken vid domstol.⁵⁰ Därför kan parterna också vara beroende av rättsskydd även i skiljeförfarandet. Lindell menar att rättsskyddsbegreppet är vidare än den omfattning Kallenberg ger det, innebärande att det inte behöver vara knutet till den materiella rättens förverkligande.⁵¹ Rättsskyddet bör kanske också vara beroende av parternas möjligheter till att överhuvudtaget få till stånd en objektiv prövning enligt överenskommelse i skiljeavtal rörande rättsanvändningen.

5.1.6 Handlingsdirigering och konfliktlösning i skiljeförfarande

Kravet på handlingsdirigering i den ordinära processen medför vissa begränsningar för avtalsfriheten och sålunda även för parternas förfogande över tvistlösningen. Genom att använda sig av skiljeförfarande har parter möjligheten att frånga detta krav till förmån för egna önskemål. Avsaknaden av handlingsdirigerande moment inom ramen för skiljeförfarandet utgör därför en viktig skillnad från processen vid domstol.

Handlingsdirigeraren ser till de allmänna intressena med processen och betonar domstolarnas samhälleliga funktioner i stort. Förespråkaren av handlingsdirigering är i allmänhet emot en omedelbar dispositionsrätt över rättsanvändningen och processen. Konfliktlösaren däremot, ser domstolarna som serviceorgan, som i möjligaste mån ska se till att parternas viljor tillgodoses och förespråkar en långtgående dispositionsrätt över processen.

Den stora skillnaden ligger i att dirigenten betonar det allmänna och konfliktlösaren betonar det enskilda intresset i processen. Båda intressena bör enligt allmän uppfattning tillgodoses i någon mån. Däremot kan intresseavvägningar ge processen mer eller mindre allmän eller enskild funktion. Ett tydligt tecken på att det allmänna intresset sätts i första rummet är enligt många att lagstiftaren gjort reglerna ifråga indispositiva. Enligt denna definition skulle följaktligen alla dispositiva tvister se till det enskilda intresset och vara konfliktlösande och tvärtom. Så är väl självklart inte fallet.⁵² Det kan dock tänkas att rättskipningen kan vara både konfliktlösande och handlingsdirigerande i större eller mindre omfattning.

I praktiken är det mer troligt att rättskipningen består av en blandning av hänsyn till alla de funktioner och krav som ställs på den i olika avseenden. Det är ändå av vikt att försöka klargöra huruvida olika funktioner och ändamål teoretiskt sett har haft någon påverkan på skiljeförfarandet eller om det har ett mer renodlat syfte.

En definition till begreppet konfliktlösning betonar att man har möjlighet att beakta andra faktorer än de rättsliga, t ex moraliska, psykologiska och ekonomiska aspekter.⁵³ Handlingsdirigeringen tar å andra sidan endast hänsyn till faktorer med juridisk relevans.

Konfliktlösning behöver dock inte betyda att man tar hänsyn till utomrättsliga faktorer, vilket är tillåtet inom ramen för skiljeförfarandet. Ramlagar och generalklausuler ger domaren ökad möjlighet att inom lagens gränser beakta utomrättsliga faktorer, ofta med särskilda skyddshänsyn eller ändamål i åtanke.⁵⁴ Dessa lagområden ger alltså stor möjlighet att beakta allmänna rättviseföreställningar och kan också användas som kraftiga instrument i handlingsdirigerande syfte. Den intervenerande funktionen hos generalklausuler kommer

⁵⁰ Lindell, Partsautonomins gränser s. 84.

⁵¹ A a s. 85.

⁵² A a s. 86f.

⁵³ SOU 1982:26 s. 138.

⁵⁴ Se t ex 36 § AvtL.

dock i andra hand. Generalklausuler har istället som primärt syfte att låta moraluppfattningar i samhället lysa igenom i lastiftningen och möjliggöra viss flexibilitet i rättssystemet.⁵⁵

Ett skäl till att handlingsdirigering bör vara processens viktigaste funktion skulle vara att det är viktigt att denna medverkar till att processer inte uppkommer i onödan genom att enskilda vet om innehållet av den materiella rätten. Dock är det inte alltid en tvist uppkommer av att den ena parten anser sig ha en materiell rätt mot den andre. Käranden kanske processar av prestigetänkande, ekonomiska taktikhänsyn eller av okynne.⁵⁶ Jämförelse kan göras med skiljeförfarandet där parterna uttryckligen kommer överens om vad som sker i händelse tvist uppstår. Att parterna på detta sätt i förväg avtalar om tvistlösningen skulle kunna verka avhållande på parterna från att starta en process i onödan.

Lindell anser att en alltför stark betoning av domstolsprocessen allmänna funktioner kan leda till att många söker andra vägar än domstolsvägen för att reglera sina tvister, t ex till skiljeförfarandet. Lindell tror vidare att möjligheterna till handlingsdirigering genom rättskipning är överdriven.⁵⁷ Om domstolsavgöranden ska vara vägledande och ge bättre förutsebarhet krävs att de är mycket klart formulerade. Detta gäller i min mening även regler som styr processen och rättstillämpningen. Då uppnås också en klart bättre och mer användbar förutsebarhet. När regleringen och avgörandena är vagt formulerade kan den enskilde inte dra några säkra slutsatser av hur han ska handla. Det krävs alltså konkret utformade avgöranden och regler.

Ekelöf menar att förutsebarheten är viktig i affärslivet, så att en avtalspart kan förutse konsekvenserna av sitt handlande och förutse hur bedömningen kommer göras i en rättegång.⁵⁸ När det väl uppkommit en tvist och processen inletts menar Ekelöf att det inte längre är lika viktigt med förutsebarhet genom legalitet, dvs uttrycklig lagreglering. En part bryr sig i regel bara om att slutresultatet blir tillfredsställande, inte att detta resultat kan förutses genom tydlig lagreglering.

Detaljerad lagreglering skulle därmed inte nödvändig för att tillgodose rättssäkerheten, d v s förutsebarheten och tryggheten i ett processrättsligt förfarande. Samma effekt kan uppnås även om parterna har full dispositionsrätt över processen.⁵⁹ Kanske kan rentav en ännu bättre förutsebarhet uppnås på detta sätt än genom en utförligt reglerad process enligt RB, som trots allt uppvisar vissa moment av osäkerhet. Vid en strikt lagreglering som utövas tvångsvis och inte genom parternas överenskommelse kan en hänsynslös part måhända t o m lättare skaffa sig otillbörliga fördelar i processen och på så sätt utnyttja situationen.

Jag tolkar det så att Ekelöf därmed anser att förutsebarheten inte endast ligger i klara och tydliga materiella regler. Det är möjligt att uppnå en lika god förutsebarhet i processen även om den är avtalsbaserad. En förutsättning torde dock vara att ingen part har ett uppenbart övertag i avtalsförhandlingarna och att ingen av parterna blir lurad att godta ett förfarande med svåröverblickade konsekvenser och som därför lämnar ena parten i ett svårt underläge.

⁵⁵ Lindell, Partsautonomins gränser s. 89.

⁵⁶ A a s. 90f.

⁵⁷ A a s. 92f.

⁵⁸ A a s. 50.

⁵⁹ Ekelöf s. 50.

5.1.7 Konklusion om förutsebarheten i skiljeförfarandet

Det finns ett starkt samband mellan den ordinära domstolsprocessens funktion i samhället och kravet på materiellt riktiga domar, som i sin tur ska främja rättssäkerheten. Rättskipningens funktion som handlingsdirigerande och rättsskyddande institution höjer kraven på konform rättstillämpning och materiellt riktiga domar. Tillsammans med en uttrycklig lagreglering är det meningen att systemet ska vara så förutsebart som möjligt för enskilda. Skiljeförfarandet grundar sig främst på avtalsfrihet och står därför i motsats till legaliteten och i viss mån kravet på den materiellt riktiga domen. Detta faktum skulle således medföra att rättssäkerheten sätts på spel.

Min åsikt är dock att skiljeförfarandet kan utnyttjas på ett sätt som medför en minst lika god eller bättre förutsebarhet för parterna. Det krävs då att parterna är medvetna om vad valet innebär i händelse av tvist och att de utformar skiljeavtalet efter de omständigheter som råder. Ett bristfälligt skiljeavtal skulle mycket väl kunna medföra en minskad rättssäkerhet, då parterna inte vet vad de gett sig in på och blir tvungna att acceptera ett avgörande utan möjligheter till överprövning, såvida det inte förekommit felaktigheter vid prövningen under själva skiljeförfarandet.

Rättssäkerheten i ett skiljeförfarande skulle därmed vara beroende av skiljeavtalets utformning och parternas medvetenhet i valet av tvistlösningsform. Rättssäkerheten kan också bero på parternas önskemål om hur tvisten ska slitas och vilka hänsyn de är beredda att ta till andra omständigheter än den materiella rätten. Ett medvetet val av skiljeförfarande på godtagbara grunder torde omintetgöra argumentet om minskad rättssäkerhet i denna bemärkelse.

6. Överväganden i samband med valet av skiljeförfarande

6.1 Det internationella perspektivet

6.1.1 Skiljeförfarande och rättegång ur ett internationellt perspektiv

Ur ett internationellt perspektiv blir jämförelsen mellan rättegången och skiljeförfarandet mer komplicerad. De processuella systemen i olika länder skiljer sig ibland åt i många avseenden. Exempelvis finns det flera olika rättssystem inom vissa stater, medan det finns flera olika domstolssystem i andra.⁶⁰ De många och betydelsefulla skillnaderna är viktiga att ha i åtanke när man jämför tvistlösningsalternativen i internationella sammanhang. Det är viktigt att ha klart för sig hur ett specifikt domstolssystem reagerar på en viss form av tvistlösning eller en viss form av tvist. Att förutse konsekvenserna av rättsliga handlingar kompliceras alltså i fråga om internationella tvister på ett sätt som vida överstiger ett nationellt förfarande.

Internationellt rör man sig också på en annorlunda arena, där frågan om det materiellt riktiga avgörandet inte är av samma betydelse som vid en nationell domstol, eller vid ett svenskt skiljeförfarande där man valt att använda svensk lag vid bedömningen av tvisten. På det internationella planet finns ingen definitiv och överallt gällande materiell rätt att använda som rättesnöre. Vad som är rätt och riktigt måste bedömas efter någon form av gränsöverskridande överenskommelse eftersom parterna kan härröra från vitt skilda rättsordningar. Den materiella riktigheten ur ett nationellt perspektiv förlorar härmed sin betydelse och hållet.

När det gäller skiljeförfarande är det istället avtalsfriheten som företeelse som grundar den internationella gångbarheten. När man bedömer skiljeförfarandets användbarhet och funktion internationellt tar som man utgångspunkt det faktum att det i stora delar av världen och inom de flesta rättsordningar råder avtalsfrihet på det förmögenhetsrättsliga området. Därför kan man också godta att parter i en förmögenhetsrättslig tvist avgör denna genom skiljeförfarande, och dessutom ge skiljedomar erkännande och verkställighet. Detta är dock ingen självklarhet.

6.1.2 Internationell gångbarhet hos skiljeförfarande

Avsaknaden av ett effektivt internationellt domstolssystem för kommersiella tvister medför att internationella företag har att välja mellan att använda sig av en nationell domstol eller internationellt skiljeförfarande. Vid internationella affärer mellan företag är det osannolikt att en enda domstol i förväg godtas av alla parter till det framförhandlade avtalet. Ingen vill gärna bli dömd i den andres hemland eller efter den andra partens nationella regler. Samtidigt kan man inte få möjligheten av att göra prövningen av en tvist enligt de egna nationella reglerna och inom det system man är bäst bevandrad i. Valet av internationellt skiljeförfarande som tvistlösningsmetod blir då ett taktiskt beslut.⁶¹

En nationell domstol är inte heller ett lockande alternativ om man ser till att förutsebarheten minskar markant vid utnyttjandet av ett annat lands lagar, språk och domare. På det internationella planet är det svårt att förutse konsekvenserna av processhandlingar om man inte är väl bevandrad i övriga länders rättssystem. Samma argument kan användas för att inte vilja välja en annan avtalsparts hemland som forum. Där uppstår också frågan om objektivitet och partiskhet hos den nationella domstolen. I det här läget måste det förvisso anses att

⁶⁰ Hanqvist s. 113.

⁶¹ Paulsson s. 1.

användandet av nationell domstol ger sämre möjligheter till förutsebarhet för den part som inte har sin hemvist i landet.⁶²

Vid internationella tvister som dras inför ett annat lands domstol måste avtalet ofta översättas. Dessutom behöver de muntliga delarna av förfarandet eller rättegången hållas på ett nytt språk. Nya ombud måste därvid anlitas för processföringen och dessa är inte insatta i kontraktet på samma sätt som parterna själva och deras ursprungliga ombud. Det är inte heller säkert att ett neutralt lands nationella domstol överhuvudtaget vill befatta sig med tvisten. Kanske krävs det en särskild anknytning till landet för att domstolen ska ta upp målet till bedömning överhuvudtaget.

Systemet för internationellt erkännande och verkställighet är dessutom inte lika utbyggt när det gäller nationella avgöranden vid domstol som vid internationellt skiljeförfarande. Därutöver gäller olika regler för offentlighet och sekretess i olika nationella rättsordningar. Genom att använda sig av internationellt skiljeförfarande undviker parterna också problemet med att en nationell domstols högre prejudikatbildande instanser påtvingar dem sin egen rättsordnings egenheter.

Vid internationella avtalstvister framstår alltså skiljeförfarandet som ett starkt alternativ till en ordinarie process vid nationell domstol. Vid sidan om aspekten av nationellt oberoende hänger fördelarna i övrigt ihop med en bättre processuell *förutsebarhet* vid internationella tvister som avgörs genom skiljeförfarande. Skiljeförfarandet ger onekligen parterna större möjligheter till effektiv planering och prognoser rörande konsekvenserna av sitt handlande, eftersom systemet för erkännande och verkställighet av skiljedomar är bättre utbyggt än motsvarande system för nationella domar. För svenskt vidkommande finns exempelvis ett osäkerhetsmoment i de internationella privaträttsliga reglerna i fråga om forum och vilket lands lag som ska tillämpas. Principer som *lex loci delicti* kan medföra att tvisten avgörs under andra förutsättningar än parterna räknat med. En helgardering genom parterna försöker förutse alla tänkbara situationer som kan uppkomma inom varje tänkbart rättssystem ter sig dessutom ofta betydligt dyrare än att i skiljeavtal bestämma direkt var förfarandet ska hållas och efter vilka regler tvisten ska avgöras.

6.1.3 Synpunkter på internationell anpassning av skiljeförfarandet

Det finns ett antal särskilda frågor att ta ställning till i internationella sammanhang i anledning av de valmöjligheter som följer med avtalsfriheten. För att inte befinna sig i ett rättsligt vakuum när en tvist väl uppkommer behöver parterna till ett skiljeavtal utnyttja denna valfrihet på ett konstruktivt sett till att göra förfarandet så förutsebart och säkert som möjligt. Möjligheterna till anpassning av processen riskerar annars att falla platt till marken och konsekvenserna blir ännu svårare att förutse än utan något skiljeavtal alls.

Som redan tidigare diskuterats ovan kan skiljeförfarandet uppvisa några uppenbara fördelar vid internationella tvister. Detta kräver dock att parterna tar ställning till några ytterligare frågor i anledning av tvistens internationella anknytning inför utformningen av skiljeavtalet. Onödiga problem kan annars uppkomma i det internationella förfarandet, t ex p g a parternas begränsade möjligheter att förstå varandra om man inte enas om vilket språk som ska användas vid förfarandet.

⁶² Paulsson s. 1f.

6.2 Utformningen av skiljeavtal

6.2.1 Betydelsen av en utförligt utformad skiljeklausul

Det finns ett antal viktiga beslut som måste tagas inför utformningen av ett skiljeavtal för att skiljeförfarandet ska bli så effektivt som möjligt i förhållande till de mellan parterna rådande omständigheterna. Det är av största betydelse för det framtida skiljeförfarandet i anledning av en eventuell tvist hur väl skiljeavtalet är anpassat till de individuella rättsförhållandet. Eftersom skiljeavtalet kan liknas vid skiljeförfarandets egen rättegångsbalk är det därför av mycket stor betydelse att det är utformat med tillräcklig noggrannhet. Brister i utformningen av skiljeavtalet medför därför att den förutsebarhet som annars kunde uppnåts i förfarandet inte uppkommer. Omedvetenhet av vilka verkningar ett skiljeavtal kan medföra kan också ses som en brist när det gäller valet av skiljeförfarande framför rättegång vid domstol.

I det följande koncentrerar jag mig på ett antal beståndsdelar av skiljeavtalet som jag anser har mycket stor betydelse för att skiljeförfarandet ska bli så effektivt och förutsebart som möjligt. Då merparten av alla skiljeförfaranden har någon form av internationell anknytning är det naturligt att även behandla den internationella aspekten av utformningen av skiljeavtalet. Framställningen är följaktligen fokuserad även på det internationella skiljeförfarandet och utformningen av internationellt gångbara skiljeavtal.

6.2.2 Val av tillämplig lag för förfarandet

Det första man som avtalsskrivare bör tänka på vid utformningen av skiljeavtalet är vilken lag man vill underkasta bedömningen av själva sakfrågan i skiljeförfarandet. Det råder en utbredd missuppfattning om att man vid valet av ett visst land som plats för skiljeförfarandet också underkastar skiljeförfarandet denna lag när det gäller själva bedömningen av tvistefrågan. Istället är det snarare så att lagen i det land man valt att placera skiljeförfarandet ligger nära till hands när det gäller valet av förfaranderegler som styr handläggningen av tvisten. Denna lag har dock inget anspråk på att styra själva rättsanvändningen eller bedömningen av sakfrågan i tvisten. Det är alltså fullt möjligt att i likhet vid tvister inför domstol använda sig en annan lag vid själva prövningen av sakfrågan än vid handläggningen av ärendet.

Om parterna till ett skiljeavtal väljer att inte reglera vilken lag som skiljemännen ska tillämpa vid prövningen kan det bli skiljenämndens egen sak att avgöra denna. Detta kan i förlängningen innebära att en lag som parterna finner opassande eller olämplig tillämpas.⁶³ För att undvika detta osäkerhetsmoment i förfarandet är det alltså av vikt att redan i skiljeavtalet reglera denna fråga. Även om huvudavtalet är utformat med största noggrannhet och reglerar det interna rättsförhållandet mellan parterna mycket detaljerat, finns det alltid luckor som behöver fyllas ut.

Valmöjligheterna när det gäller vilken tillämplig lag som ska användas är stora. Först och främst finns möjligheten att använda sig av nationell lagstiftning. Det kan då vara av värde att ta reda på om rättssystemet i fråga har anammat några särskilda skyddshänsyn eller principer som skulle kunna påverka prövningen i någon riktning, önskad eller oönskad. Det förekommer t ex att nationella lag är särskilt förmånlig för konsumenter eller svagare avtalsparter.⁶⁴ En del rättssystem tillåter också domare eller skiljemän att ändra eller fylla ut avtalsvillkor om de anses oskäliga eller ofullständiga.

⁶³ Paulsson s. 12.

⁶⁴ Se t ex KköpL 3 § och AvtL 3 kapitlet om rättshandlingars ogiltighet.

För att i största möjliga mån motverka att sådana nationella preferenser påverkar prövningen i en riktning som är negativ för parterna innehåller de flesta regler för skiljeförfarande bestämmelser om att skiljenämnden ska ta hänsyn till de specifika omständigheterna i huvudavtalet och till sedvänjor inom området. Ofta tar skiljenämnder självmant också hänsyn till att skiljeförfarandet, som är en tvistlösningsform baserad på överenskommelse, ska styras av partsviljorna som de uttrycks i huvudavtalet samt att parterna många gånger saknar kännedom om sådana nationella skyddshänsyn och därför inte bör påverkas av dem i någon större utsträckning.⁶⁵ Då tvisterna ofta rör stora summor och avtalen är upprättade av kunniga ombud är nationella skyddshänsyn heller inte lika nödvändiga för att skydda parterna i ett internationellt skiljeförfarande.

För att säkerställa att förutsebarheten blir så god som möjligt bör parterna därför välja att använda en lag som ligger mycket nära den som reglerar själva huvudavtalet dem emellan. Alternativt kan de använda sig av en lag som är nationellt oberoende och innehåller så få inslag av nationella särdrag som möjligt eller har förmånliga tolkningsprinciper.⁶⁶ I de flesta fall blir valet en fråga om kompromiss mellan parternas olika önskemål. Parternas val respekteras dock nästan undantagslöst av de flesta lagar för skiljeförfarande världen över.⁶⁷

Vid sidan av möjligheten att använda sig av nationell lagstiftning kan man använda sig av den Modellag som tagits fram av UNCITRAL vid FN, hädanefter kallad Modellagen.⁶⁸ Genom Modellagen ges parter möjlighet att välja ett nationellt oberoende alternativ till lag som inte har någon direkt anknytning till någon av dem. Lagen skapades för att uppväga brister i nationella lagar och överbrygga de stora diskrepanser som existerar mellan olika rättssystem. Lagen skapar därför en komplett rättslig miljö för prövningen av just internationella skiljetvister som står till parternas förfogande om de inte kan enas om en nationell lag att använda sig av.

Det bör påpekas att den lag man väljer ska vara lämplig för den plats man valt att hålla förfarandet på. Vissa lagar är bättre lämpade eller anpassade än andra. Det är förmodligen alltid lättare att tillämpa en lag som ligger närmare den nationella lagen i forumlandet. Lag som strider mot grunderna i rättsordningen på den aktuella platsen eller kan bereda särskilda tolkningsproblem är därför inte lämpliga att använda som tillämplig lag för förfarandet.⁶⁹

Om ingen tillämplig lag väljs ut av parterna vid upprättandet av skiljeavtalet uppstår problemet med vilken lag som ska tillämpas och vem som ska välja den. Om parterna inte kan komma överens om tillämplig lag i efterhand är det oftast skiljenämndens uppgift att bestämma denna, t ex genom att tillämpa samma forumregler som vanligen används på platsen för förfarandet. Skiljenämnden kan också avgöra lagvalet efter eget gottfinnande.⁷⁰

Vid sidan av nationell lag och Modellagen kan en skiljenämnd även använda sig av allmänna rättsprinciper eller nationella rättsprinciper vid prövningen i en internationell skiljetvist. Problemet med denna metod är att principer är svåra att tillämpa och sällan ger någon fullständig vägledning i specifika situationer. De tenderar till att vara alltför generellt

⁶⁵ Paulsson s. 14.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Se t ex UNCITRAL Arbitration Rules 33.1 och ICC Rules of Arbitration 17.1.

⁶⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration från 1985.

⁶⁹ Paulsson s. 14.

⁷⁰ Se t ex UNCITRAL Arbitration Rules 33.1. Jämför med ICC Rules of Arbitration 17.1.

utformade och ämnade att användas som komplettering till ett mer detaljerat rättssystem som uppvisar vissa luckor.

En ytterligare möjlighet för skiljenämnden är att använda sig av andra hjälpmedel som handelssedvänjor vid avgörandet av internationella skiljetvister. ICCs förfaranderegler kräver uttryckligen att skiljenämnden tar hänsyn inte bara till den tillämpliga lagen utan också till relevanta sedvänjor inom handelsområdet vid prövningen av sakfrågan. Liknande regler följer av UNCITRAL-reglerna.⁷¹ Detta krav måste därför tas med i bedömningen inför utformningen av skiljeavtalet. Sedvänja på ett visst handelsområde måste dock bevisas av parterna i det aktuella fallet. Det är bara vid vissa särskilda institut för skiljeförfarande som sedvänjor kan anses vara allmän kännedom hos skiljenämnden och inte behöver bevisas.

6.2.3 Val av plats för förfarandet

Vid valet av platsen för förfarandet finns det flera faktorer att ta hänsyn till vid utformningen av skiljeavtalet. Det kan anses eftersträvansvärt att hitta en geografiskt neutral plats för förfarandet, men det kan också vara så att man vill placera förfarandet på en plats dit man lätt kan ta sig och medverka utan att kostnader och tidsspillan blir för omfattande.⁷² Vidare kan det finnas skäl till att placera förfarandet där man lätt kan höra vittnen, experter och sakkunniga, eller där de valda skiljemännen befinner sig och verkar.

De faktorer som i övrigt har störst betydelse för valet av plats är önskan om *en gynnsam rättslig miljö* och möjligheterna till *erkännande och verkställighet* av avgörandet. Det är först efter att dessa två krav på platsen för förfarandet är uppfyllda som de övriga preferenserna kan tillgodoses. Betydelsen av erkännande och verkställighet kommer behandlas i ett senare avsnitt medan jag här koncentrerar mig på parternas behov av en gynnsam rättslig miljö.

Trots att skiljeförfarandet har vunnit erkännande som tvistlösningsmetod världen över är det inte så att alla stater erbjuder en gynnsam rättslig miljö för skiljeförfarande. Många olika nationella särdrag och skyddshänyn i lagstiftningen kan påverka skiljeförfarandet på ett oönskat sätt, varför förfarandet inte bör förliggas till en sådan plats. En del rättssystem har en till synes äckande och tydlig lagstiftning som vid närmare granskning visar sig tillämpas på ett sådant sätt att parternas önskemål skulle gå förlorade i förfarandet.

Som en huvudregel kan nämnas att rättssystem som tillåter en långtgående intervention i skiljeförfarandet från de nationella domstolarna bör undvikas i valet av plats för förfarandet.⁷³ Det är viktigt för skiljeförfarandets funktion och partsautonomin att förfarandet respekteras och lämnas ifred av de nationella domstolarna. För att utröna om ett nationellt rättssystem ämnar låta skiljeförfarandet ha sin gång och respektera det avgörande som skiljenämnden meddelar kan man vända sig till New York-konventionen av 1958 (NYAC). Där stadgas att stater som undertecknat konventionen måste respektera skiljeförfarandets fortgång och inte fullfölja en talan i samma fråga vid domstol. Härav följer att det är säkrare att placera skiljeförfarandet i en stat som undertecknat NYAC eftersom man vet att skiljeförfarandet där kommer respekteras som tvistlösningsmetod.

Ett ytterligare sätt att försäkra sig om att en stat erbjuder en gynnsam rättslig miljö för skiljeförfarande är att undersöka om den accepterat Modellagen. Modellagen förbjuder stater

⁷¹ ICC Rules of Arbitration, art 17.2 samt UNCITRAL-reglerna art 33.3 och Modellagen art 28.4.

⁷² Paulsson s. 25.

⁷³ A a s. 26.

att agera i de avseenden som lagen själv reglerar. Därmed kan man försäkra sig om att statens möjligheter till intervention i skiljeförfarandet är mycket små.

En ytterligare fråga att ta hänsyn till är om det finns en rätt att överklaga ett avgörande från skiljenämnden till lokal domstol på den aktuella platsen. Eftersom skiljeförfarandet ofta syftar till att resultera i ett snabbt slutgiltigt avgörande som inte kan överklagas vid nationell domstol, är det av största vikt att ta reda på om ett sådant överklagande är möjligt. Om det finns en möjlighet att överklaga skiljedomen, är det i så fall möjligt att avtala bort den rätten? De flesta förfaranderegler utesluter möjligheten till överprövning, antingen genom direkt förbud eller genom att inte uppställa några regler för hur överklagande kan göras.⁷⁴ I de fall rätten till överklagande inte uttryckligen förbjuds skulle man kunna tänka sig att det krävs en avtalsreglering av detta i skiljeavtalet för att vara säker på att ingen rättsordning tar upp ett överklagande till prövning.

Övriga överväganden vid valet av plats är endast av mer praktisk art och kan leda till minskade kostnader för förfarandet. Genom att placera förfarandet där vittnen, bevisning, skiljemän och lokaler finns tillgängliga kan parterna således minska kostnaderna för förfarandet avsevärt.

6.2.4 Val av förfaranderegler och forum

Det finns två olika möjligheter till reglering av ett skiljeförfarande. Endera använder man sig av ett färdigt regelsystem, t ex en nationell lag för skiljeförfarande eller en regelkonstruktion som tillhandhålls av något internationellt skiljedomsinstitut. Eller så skapar man ett eget regelverk för skiljeförfarandet, vilket resulterar i ett *ad hoc-förfarande*.

Ad hoc-förfaranden kan skräddarsys efter de aktuella omständigheterna och parternas önskemål, men medför också i vissa fall betydande konstruktionskostnader. Därutöver är det också en diger administrativ uppgift att konstruera ett regelsystem, vilket kräver omfattande juridisk expertis till förfogande. Det är också en tidskrävande process. I gengäld undviker man naturligtvis de extra administrativa kostnader som uppkommer i samband med ett institutionellt förfarande. Det finns dock färdiga ad hoc-regler att tillgå, exempelvis UNCITRALs förfaranderegler. Dessa är speciellt anpassade för skiljeförfaranden genomförda utan nyttjande av skiljedomsinstitut.

Den största nackdelen med att använda sig av ad hoc-förfarande är att effektiviteten i processen beror av parternas samarbetsvilja efter att tvisten redan uppkommit och förfarandet väl ska inledas. En parts motvilja till samarbete i denna situation kan leda till att förfarandet inte får de konsekvenser man önskat och räknat med samtidigt som det kan bli aktuellt att använda sig av nationell domstol för att reda ut problemen eller ansöka om tvångsåtgärder för att genomdriva förfarandet.⁷⁵

Institutionellt skiljeförfarande är dock vanligast i internationella sammanhang. Institutet tillhandahåller kunniga och erfarna skiljemän samtidigt som de har ett eget regelverk att förlita sig på. Exempel på etablerade skiljedomsinstitut är ICC i Paris, LCIA i London och AAA i New York. Svenska skiljedomsinstitutet som administreras av Stockholms Handelskammare är ytterligare ett institut som har stor betydelse, främst för svenskt och skandinaviskt skiljeförfarande, men också för skiljetvister mellan traditionella öst- och västmakter.

⁷⁴ ICC Rules of Arbitration Art. 28.6. LSF saknar reglering om överklagande men har regler för klander i 34 §.

⁷⁵ Paulsson s. 50f.

Ett institutionellt skiljeförfarande medför kostnader i form av administrativa avgifter och dessa kan variera avsevärt mellan olika institut, men också beroende på vad tvisten rör sig om eller vilka belopp man tvistar om. ICC baserar arvodet på det omtvistade beloppets storlek medan t ex LCIA beräknar arvodet efter den tid och möda som lagts ned i förfarandet.⁷⁶ Det är därför av vikt att överväga valet av skiljedomsinstitut beroende på vad för slags tvist som kan komma ifråga i det aktuella rättsförhållandet. Detta är dock bara en av de faktorer man ska ta hänsyn till vid valet av skiljedomsinstitut.

Det är naturligt att valet av förfaranderegler har ett nära samband med valet av platsen för förfarandet. Vid valet av ett visst skiljedomsinstitut har man också automatiskt valt en plats för förfarandet. Det är dock viktigt att låta valet av platsen för förfarandet påverka valet av regler, då det knappast är försvarbart att förlägga förfarandet till en olämplig och onödigt kostsam plats om enda skälet är att tillämpa ett visst regelverk. Det är således naturligt att valet av plats och regler för förfarandet påverkar varandra i hög grad.

Till stora delar blir valet av regelverk för förfarandet beroende av vad för slags tvist det rör sig om eller vilken typ av huvudavtal man upprättat. Faktorer som spelar in i bedömningen är alltså tvistens komplexitet och geografiska anknytning, det omtvistade beloppets storlek och var någonstans parterna befinner sig. Eftersom regelverken hos de stora instituten är relativt likartade till sin utformning är det snarare kostnaderna som avgör valet av regler och institut.

En ytterligare betydelsefull faktor i bedömningen är dock hur skiljenämnden är sammansatt vid de olika instituten. Vissa institut är mer internationellt inriktade och tillhandahåller skiljedomare från hela världen, medan andra betsår enbart av nationella med särskilda kunskaper inom just detta rättsområde. Dessutom har man olika erfarenheter av tidigare tvister vid de olika instituten. Ett amerikanskt institut som AAA har stor erfarenhet av att lösa tvister mellan amerikanska parter men också av internationella tvister med amerikansk anknytning. ICC är förmodligen det mest internationella institutet, med erfarenhet från skiljetvister mellan parter från hela världen, med en viss koncentration till västvärlden. Vid Skiljedomsinstitutet i Stockholm har man erfarenhet av en mängd tvister mellan parter från Västeuropa och Östeuropa inkluderat Ryssland och f d Sovjeunionen.⁷⁷

Ju större nationell eller regional anknytning ett institut eller regelverk har, desto större risk att det är påverkat av nationella särdrag och skyddshänsyn. Det ska dock sägas att de flesta nationella lagar för skiljeförfarande, LSF inkluderat, har utformats med de stora institutens regler i åtanke. UNCITRAL-reglerna har stått modell för den svenska LSF och för ett flertal andra europeiska lagar.⁷⁸ I de flesta fall har hänsyn tagits också till NYAC. Därför är det i min mening inte av avgörande betydelse vilken av dess likartade lagar som används. Det viktiga är att parterna har vetskap om de små skillnader som finns och tar dem med i beräkningen.

6.2.5 Val av skiljemän

Som tidigare påpekats kan det vara av mycket stor betydelse hur sammansättningen av skiljenämnden ser ut, eftersom det i slutändan ändå är denna som ska göra avgörandet. Möjligheten att välja sina domare finns inte när man använder sig av rättegång för att lösa tvister. I skiljeförfarandet kan parterna i princip peka ut enskilda skiljedomare vid namn om de så önskar. Detta är dock oftast inte att föredra då ett flertal komplikationer kan uppstå, t ex

⁷⁶ Se t ex ICC Rules of Arbitration Appendix III Arbitration Costs and Fees. Art. 1-4.

⁷⁷ Paulsson s. 56ff.

⁷⁸ Se avsnitt 2.2.1 Användningen av internationellt skiljeförfarande.

att de utvalda skiljemännen inte är tillgängliga vid tiden för tvistens uppkomst eller på annat sätt olämpliga vid tillfället. Även utan att namnge de olika skiljemännen är det möjligt att styra hur skiljenämnden ska se ut i det enskilda fallet.

Först och främst bör man bestämma antalet skiljedomare i skiljenämnden. Om parterna inte anger något antal i skiljeavtalet brukar de flesta förfaranderegler reglera antalet skiljemän. Många större institut som ICC, LCIA och AAA utser alla en enda skiljedomare om parterna inte själva avtalat något i frågan och om institutet inte anser att en större skiljenämnd är behövlig.⁷⁹ Den svenska LSF intar en motsatt ställning och anger i 13 § att antalet skiljemän ska vara tre om parterna inte avtalat annat. Det förekommer dock att både en och fem skiljemän utses att avgöra sakfrågan.⁸⁰ Det säkraste för parterna är därför alltid att själva ange antalet skiljemän i skiljeavtalet.

Vid användandet av ett institut och dess regler för förfarandet måste parterna dock räkna med att kostnaderna ökar avsevärt för varje extra skiljeman som utses, så länge inte arvodet baseras enbart på det omtvistade beloppets storlek. Ytterligare fördelar med att bara använda sig av en enda skiljedomare yttrar sig i att förfarandet blir snabbare och enklare, t ex då endast en person behöver göra avgörandet.

Nackdelarna består i att en ensam skiljedomare medför större risk för ett felaktigt domslut än vad som blir fallet med tre skiljedomare som kan kontrollera varandra. Därför föredrar också de flesta parter att låta en skiljenämnd bestående av tre skiljedomare avgöra tvisten.⁸¹ Därav får också vardera parten oftast möjlighet att medverka och välja åtminstone en av dessa på egen hand. Detta stärker partens förtroende till förfarandet även om skiljemännen ska vara opartiska. En ytterligare nackdel med en tremannaskiljenämnd skulle kunna vara möjligheten för den ena parten att försöka sabotera förfarandet genom att vägra samarbeta om valet av ”sin” skiljeman. Detta torde vara mycket ovanligt men även detta går att lösa redan vid upprättandet av skiljeavtalet genom att man låter skiljedomsinstitutet välja ut skiljedomare till skiljenämnden. På så vis uppnår man en effekt av nationellt oberoende, även om parterna inte vinner samma förtroende för förfarandet som om de själva fått bestämma.

Det är viktigt att skiljenämnden är opartisk och oavhängig för att parterna ska få en så rättvis och säker prövning som möjligt. Därför är det vanligen så att lagar för skiljeförfarande innehåller olika former av jävsregler och krav på skiljemännen.⁸² Om parterna vill använda sig av ett ad hoc-förfarande är det rimligt att de istället avtalar om skiljenämndens sammansättning och opartiskhet. Om inget avtalas mellan parterna och dessa inte kan komma överens blir man tvungen att låta en lokal nationell domstol välja ut en eller flera skiljemän. Om parterna istället använder UNCITRAL-reglerna i förfarandet hamnar de inte i ett lika osäkert läge.⁸³

Även skiljemännens kompetens och expertis kan vara av stort intresse för parterna. Särskilt blir sådana egenskaper viktiga om parterna kommit överens om att man ska beakta även utomrättsliga omständigheter vid prövningen av sakfrågan. Det kan då vara nödvändigt att skiljemännen besitter andra kunskaper än juridiska. Om ett avtalsförhållande rör handel av ett visst varuslag kan det vara parternas önskan att skiljenämnden besitter särskilda kunskaper

⁷⁹ Se t ex ICC Rules of Arbitration Art. 8.2.

⁸⁰ Ramberg s. 38.

⁸¹ Paulsson s. 68.

⁸² Se t ex LSF 8-10 §§.

⁸³ Se UNCITRAL Arbitration Rules 6.2-4.

om sådana varor och deras hantering. Om parterna vill att skiljemännen ska ha speciella kvalifikationer är det lämpligt att ange dessa redan vid upprättandet av skiljeavtalet. Om parterna vill att personer med vissa icke önskvärda egenskaper ska undvikas vid valet av skiljemän kan detta också anges direkt i skiljeavtalet. Parter bör dock akta sig för att fylla skiljeavtalet med för många restriktioner som kan vara svårtydliga eller misstolkas. Sådana instruktioner kan leda till att sammansättningen av skiljenämnden angrips för att den inte uppfyller alla krav man stipulerat i skiljeavtalet.⁸⁴

6.2.6 Val av språk för förfarandet

Internationellt skiljeförfarande indikerar redan av benämningen att parterna, skiljenämnden och ombuden inte alla har samma nationella ursprung eller talar samma språk. Ändå är det vanligt att man inte kommer överens om vilket språk som ska användas under förfarandet i skiljeavtalet.

Behovet av att redan i skiljeavtalet komma överens om språk för förfarandet är uppenbart, då tvetydiga tolkningar och bristfälliga översättningar av uttalanden och texter kan få stora följder för avgörandet. Det finns alltid risk för att parterna missförstår varandra om man inte talar samma språk. Kulturella skillnader och det faktum att parterna och kanske även ombuden är vana vid sina egna nationella rättsordningar ökar denna risk avsevärt. Skiljeförfarandet är ett relativt nationellt oberoende tvistlösningssystem som fungerar väl mellan parter från olika kulturer, men det krävs också att parterna förstår varandra och på bästa sätt kan argumentera för sin sak inför skiljenämnden.

Om parterna inte väljer ett gemensamt språk för förfarandet träder oftast andra dispositiva bestämmelser in och tar hand om detta. Skiljedomsinstitut har som i regel alltid bestämmelser för vilket språk man använder i dessa lägen. ICC-reglerna föreskriver i artikel 16 att hänsyn ska tas till alla relevant omständigheter och särskilt vilket språk som använts i huvudavtalet. I vissa fall föreskriver förfaranderegler vilka hänsyn som ska vägas tyngst, medan det i andra fall är upp till skiljemännen att besluta om språkvalet efter eget gottfinnande. AAAs regler artikel 14 föreskriver en presumtion för att det språk som använts i skiljeavtalet ska användas, om inte skiljenämnden finner skäl för annat. UNCITRAL-reglerna ger skiljemännen fullt förtroende att välja språk utan några som helst begränsningar. Nationella lagar för skiljeförfarande förutsätter ofta att språket i det landet används under förfarandet, även om det ofta finns utrymme för att hålla förfarandet på engelska eller något av de andra stora världsspråken.

Det torde i praktiken aldrig förekomma att skiljenämnder medvetet väljer ett språk som gör det svårare för den ena parten att ta tillvara sin rätt under förfarandet. Språkvalet kan dock utgöra ett onödigt osäkerhetsmoment om parterna undviker att själva reglera frågan i avtal. Engelskan anses allmänt som det naturliga valet i den moderna internationella affärsvärlden och utnyttjas därför också i merparten av de skiljeförfaranden som ICC och andra stora skiljedomsinstitut avgör och där parterna inte har några andra önskemål.

Den bästa lösningen är alltid att reglera språkfrågan redan i skiljeavtalet. Vid valet av språk bör parterna ta hänsyn till vilket språk som använts i huvudavtalet och andra handlingar som rör rättsförhållandet dem emellan. Hänsyn bör även tas till vilket språk som talas av parterna själva, eventuella vittnen, önskvärda skiljemän och de ombud man tänkt använda sig av.⁸⁵

⁸⁴ Paulsson s. 73f

⁸⁵ A a s. 47.

6.2.7 Synpunkter på utformningen av skiljeavtalet

Utformningen av skiljeavtalet är avgörande för hur det framtida skiljeförfarandet gestaltar sig. Det är skiljeavtalet som utgör grunden för parternas överenskommelser om hur tvister dem emellan ska slitas. Att parter överhuvudtaget väljer att upprätta ett skiljeavtal visar dock inte att de tänkt igenom hur framtida tvister bör lösas på bästa sätt. De kan lika gärna ha skrivit under av slentrian eller oförstånd. Alltför många skiljeavtal innehåller bara en kort mening i stil med: Tvister mellan parterna i anledning av detta avtal ska lösas genom skiljeförfarande. Av framställningen ovan går att utläsa vilka problem en sådan klausul kan medföra i den händelse att tvist faktiskt uppstår mellan avtalsparterna.

Jag anser att skiljeavtalets utformning är nyckeln till om skiljeförfarandet är ett alternativ till domstolprocessen värt att förorda eller förkasta. Ett ofullständigt skiljeavtal kan få stora konsekvenser, men om det enbart blir till nackdel för parterna beror främst på vad för slags tvist det rör sig om och hur väl parterna kommer överens. Som skiljeavtalet indikerar är skiljeförfarandet baserat på samförstånd och en gemensam överenskommelse för att lösa tvister på bästa sätt. Ett alltför omfattande skiljeavtal, där parterna försökt gardera sig mot varje eventuell problemsituation är inte alltid av godo. En alltför detaljerad reglering kan hindra flexibiliteten i förfarandet och sålunda minska effektiviteten. De avtalspunkter som anförts i de föregående avsnitten tjänar som ett minimikrav på vad ett skiljeavtal bör innehålla. Utöver dessa punkter kan parterna anpassa skiljeförfarandet efter egna önskemål.

6.3 Möjligheten till konfidentialitet i skiljeförfarande

6.3.1 Behovet av konfidentialitet

En av fördelarna med att använda sig av skiljeförfarande istället för rättegång för att lösa tvisten är onekligen möjligheten till konfidentialitet i förfarandet. Det kan vara av mycket stor betydelse för parterna att affärshemligheter eller ens blotta tvistens existens kommer till allmänhetens kännedom. Skälen till att parterna önskar att förfarandet ska hållas hemligt kan alltså vara kommersiella men också politiska. Det kan i vissa lägen vara ofördelaktigt för parterna redan om det kommer till allmänhetens kännedom att avtal överhuvudtaget slutits mellan dem.

Konfidentialitet är dock i realiteten en faktor som anses mindre viktig i valet mellan rättegång och skiljeförfarande.⁸⁶ Det kan ändå hävdas att möjligheterna till konfidentialitet i förfarandet har en viss betydelse, bl a för skyddet av företagshemligheter. Det kan också vara negativt för ett företags rykte om det kommer ut att det är inblandat i tvister av olika slag. En tvist kan i sig anses som ett misslyckande från företagets sida. Å andra sidan kan det även vara en fördel i vissa sammanhang om en tvist och däri ingående omständigheter kommer till allmänhetens kännedom. En svagare part i ett avtalsförhållande kanske rentav har önskemål om att vissa negativa uppgifter om avtalsparten och dennes verksamhet blir offentligtgjorda.

När parterna överväger huruvida skiljeförfarande eller rättegång ska användas bör de alltid ta behovet av sekretess med i beräkningen. Om rättsförhållandet dem emellan är sådant att ett offentliggörande av uppgifterna skulle kunna leda till stora skador, bör skiljeförfarandet vara mer fördelaktigt att använda.

⁸⁶ SOU 1995:65 s. 177.

6.3.2 Konfidentialitet i skiljeförfarande

Under en rättegång i domstol är konfidentialiteten relativt utförligt reglerad av sekretesslagen. Där finns ett antal bestämmelser som är särskilt inriktade på domstolssekretess. Den viktigaste bestämmelsen finns i 8 kap 17 § och föreskriver sekretess för uppgifter om enskildas affärs- eller driftsförhållanden om denne kan tänkas lida avsevärd skada om uppgifterna röjs. I detta begrepp ingår de flesta uppgifter av vikt för driften av företaget och dess kontakter med andra företag. Enligt 9 kap 20 § sekretesslagen kan uppgifter om enskilds personliga och ekonomiska förhållanden skyddas under pågående domstolsprocess, om den enskilde kan antas lida avsevärd skada av att uppgifterna röjs till utomstående. Detta skydd kan vara av stor betydelse i tvister mellan företag och dess anställda.

Sekretessen enligt dessa lagrum är dock underkastad meddelarfriheten, vilket innebär att uppgifterna kan lämnas ut till massmedia och därigenom komma till allmänhetens kännedom. Själva domslutet är också alltid offentliga, enligt sekretesslagen 12 kap 4 §. Därmed kan själva domen och vilka som varit parter i tvisten aldrig hållas hemliga efter en rättegång vid ordinär domstol. Sekretessen begränsas inte bara enligt svensk lag utan även av art. 6 i den europeiska konventionen om skydd för mänskliga rättigheter.

Eftersom skiljenämnder enligt svensk grundlag varken är domstolar eller myndigheter råder ingen offentlighet i svenska skiljeförfaranden. Detta betyder dock inte att sekretess råder automatiskt. Sekretesslagens bestämmelser om sekretess för domstolar och myndigheter är heller inte tillämpliga, varför det inte råder samma sekretess i skiljeförfarande som i rättegång vid domstol vad gäller enskildas affärs- eller driftsförhållanden. Uppgifter av sådan art åtnjuter dock ett generellt skydd enligt lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter, vilket i praktiken innebär ett mer omfattande skydd än det som sekretesslagen erbjuder.

Det har tidigare rått stor oenighet om huruvida skiljeförfarandet i sig innefattar ett krav på sekretess, dvs att skiljeavtalet skulle innehålla ett moment av *naturale negotii* som grundar konfidentialitet. Det finns också exempel på fall där parterna valt skiljeförfarande av sådana sekretesskäl, men detta synsätt inte erkänts av rättsordningen, som förnekat ett sådant samband.⁸⁷ Genom ett rättsfall från HD har den svenska rättsordningen fränkänat skiljeavtal en inneboende bestämmelse om sekretess.⁸⁸ Det finns alltså inget inbyggt sanktionerat krav på sekretess vid användandet av skiljeförfarande. En skiljenämnd är heller inte underkastad sekretesslagen eftersom skiljeförfarandet är en privat form av rättskipning.⁸⁹

I det australiensiska avgörandet *Esso/BHP v Plowman* från 1995 uttalade domstolen att skiljeklausulen inte automatiskt innebär en skyldighet till sekretess. Parterna är istället tvungna att avtala om tystnadsplikt i skiljeavtalet om de ville hålla uppgifter under förfarandet hemliga.⁹⁰ Rättsfallet innebär sannolikt att sekretessen som varande ett *naturale negotii* i samband med skiljeavtalet kommer ifrågasättas inom ett flertal jurisdiktioner. Särskilt i länder med rättssystem som bygger på *common-law*. Av detta skäl är det av vikt att parter som önskar vidhålla konfidentialitet under förfarandet avtalar om detta särskilt. På detta sätt minskar man risken för att råka ut för oväntade överraskningar när tvist väl uppkommit mellan parterna.

⁸⁷ Se det australiensiska rättsfallet *Esso/BHP v. Plowman*, 1995.

⁸⁸ Högsta Domstolens avgörande T-1881-99.

⁸⁹ Sekretesslagen (1980:100) 1 § 1 st.

⁹⁰ Hanqvist s. 117

Ett sådan särskild överenskommelse om tystnadsplikt binder dock endast skiljemännen och parterna i det individualiserade rättsförhållandet. Övriga deltagande i skiljeförfarandet, t ex vittnen och sakkunniga, blir inte automatiskt bundna av denna tystnadsplikt, med mindre än att dessa också får underteckna särskilda sekretessavtal. Detta följer av den sedvanliga avtalsrättens regler om avtals verkan mot tredje man. Det är dock fullt möjligt att uppnå i det närmaste total konfidentialitet inom ramen för skiljeförfarandet genom att ålägga alla inblandade parter någon form av tystnadsplikt.

Konfidentialitet i skiljeförfarandet kan också följa av andra regler, även om sanktionerna mot de som bryter sekretessen inte är desamma som enligt sekretesslagen.⁹¹ Den svenska lagen om skydd för företagshemligheter skyddar uppgifter i ännu större utsträckning än sekretesslagen.⁹² Det är dock inte klarlagt om denna lag är tillämplig på förhållandet mellan skiljemännen och de parter som är inblandade i förfarandet. Sekretesslagens regler för advokater enligt 9 kap 9 § och 8 kap 4 § medför dock att de flesta ombud åläggs tystnadsplikt under straffansvar även utan separata avtal.

Vid användandet av internationella skiljedomsinstitut i skiljeförfarandet finns ofta särskilda regler rörande sekretess under förfarandet även de är mer försiktiga än nationella sekretesslagar. ICC-reglerna stadgar i artikel 15 att endast inblandade parter har tillträde till sammanträde under förfarandet. Artikel 23 samma regler föreskriver att avgörandet endast får lämnas ut till parterna i tvisten. Stockholms handelskammars skiljedomsinstitut föreskriver ingen sekretess i sina interna regler men vägrar konsekvent att lämna ut någon som helst information om pågående eller avslutade skiljeförfaranden. Institutet lämnar heller inte ut någon information om att tvist överhuvudtaget existerar mellan parterna.⁹³ Det står dock klart att man vid skiljeförfarandet, som varande en privat form av rättskipning, inte har nationella sekretesslagar till förfogande i samma utsträckning som vid tvistlösning vid nationell domstol.

Det är uppenbart att förhållandena blir mer komplicerade i ett skiljeförfarande som genomförs utanför svensk jurisdiktion. I internationella skiljeförfaranden är det numera alltid säkrast att redan i skiljeavtalet avtala om tystnadsplikt för alla inblandade i det framtida skiljeförfarandet.

6.3.3 Konfidentialitetens begränsningar

Det skulle kunna vara en förhandlingsfördel att få uppgifter offentliggjorda med lagliga medel genom det allmänna domstolssystemet. Domstolsprocessen kan därför användas som medel för att gå runt konfidentialitet i ett avtalsförhållande. Om en part verkligen önskar kringgå konfidentialiteten finns det i svensk rätt ett flertal sätt att åstadkomma detta. En part kan väcka talan vid en vanlig domstol trots att överenskommelse träffats om att eventuella tvister ska avgöras genom skiljeförfarande.⁹⁴ Även om målet med all säkerhet kommer avvisas från domstolen eftersom tvisten omfattas av ett giltigt skiljeavtal, riskerar viktig information att röjas till allmänheten. Det material som då grundar domstolens avvisningsbeslut blir offentliggjort i alla hänseenden.

En part kan också väcka talan om fastställelse av omfattningen av ett skiljeavtal vid ordinär domstol. De handlingar som måste presenteras för domstolen för fastställelsen blir därvid offentliggjort tillsammans med domstolens avgörande. Part kan därutöver även klandra en

⁹¹ Svensk domare som röjer hemliga uppgifter är straffskyldig enligt 30 kap 3 § brottsbalken.

⁹² Se lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter 3, 5 och 11 §§.

⁹³ SOU 1995:65 s. 185.

skiljedom vid vanlig domstol och på så sätt offentliggöra det material på vilket skiljemännen grundat sitt avgörande.⁹⁵

En särskild fråga när det gäller konfidentialitet under skiljeförfarandet är bevisupptagningen. I LSF 25 § stadgas att skiljenämnden inte får ta upp ed eller sanningsförsäkran. Om part vill att vittne eller sakkunnig ska höras under ed eller en part höras under sanningsförsäkran finns dock möjlighet att göra detta med domstolshjälp, enligt LSF 26 §. Detsamma gäller för editionsföreläggande som regleras i samma paragraf. Vid bevisupptagningen tillämpas numera Sekretesslagen 8 kap 17 § 3 st som är upprättat särskilt för skiljeförfarande. Där stadgas att part måste begära att sekretess ska gälla för att bevisupptagningen inte ska bli offentliggjord. Den enskilde ska också kunna lida skada om uppgifterna röjs. Tidigare tillämpades samma regler som för rättegång vid domstol varför det krävdes att part kunde lida avsevärd skada om uppgifterna röjdes. Det har därför blivit lättare att skydda hemliga uppgifter vid bevisupptagning under skiljeförfarande.

Editionsföreläggandet intar en särskild position inom bevisupptagningen. Om part anser att vissa handlingar bör medtagas som bevisning i förfarandet kan denne ansöka vid domstol om föreläggande att handlingarna ska lämnas ut till skiljenämnden. Eftersom handlingarna inte behöver passera domstolen någon gång under förfarandet begränsas risken för att uppgifterna offentliggörs.

6.3.4 Överväganden vid behov av konfidentialitet i skiljeförfarandet

Det torde ha visats att det i svensk rätt finns ett flertal möjligheter att offentliggöra omständigheter kring ett rättsförhållande om parterna inte är överens om att lösa tvisten genom skiljeförfarande trots att skiljevatal träffats. För att förhindra att en sådan situation uppstår bör parterna istället direkt avtala om sekretess dem emellan.⁹⁶ Ett avtal om tystnadsplikt mellan parterna är det enda sättet att förvissa sig om att den andra parten inte vidtar åtgärder för att kringgå konfidentialiteten.

Den mest betydelsefulla skillnaden mellan skiljeförfarande och rättegång är att den senare är underkastad en offentlighet som inte finner sin motsvarighet i skiljeförfarandet.⁹⁷ Detta medför att uppgifter sprids vidare till allmänheten i viss utsträckning. Medan offentlighet råder vid rättegång i domstol är det i praktiken icke-offentlighet som är normen i skiljeförfarandet. I praktiken går det dock att skydda hemliga uppgifter lika väl i de båda tvistlösningsformerna i många avseenden. Skyddet mot att ombud och parter röjer företagshemligheter är i princip lika starkt. Domare i domstol är bundna av sekretess medan det är osäkert om skiljemännen omfattas av lagen om skydd för företagshemligheter. Som regel binds skiljemännen av andra avtal eller regler om sekretess, endera direkt mot parterna eller genom ett skiljedomsinstitut.

6.3.5 Synpunkter på möjligheterna till konfidentialitet

Skiljeförfarandets konfidentialitet vilar huvudsakligen på parternas och andra deltagares samförstånd om att hålla förfarandet hemligt. I praktiken kommer hemliga uppgifter sannolikt inte att komma till allmänhetens kännedom vid användandet av skiljeförfarande. Sekretessen vilar dock på en mycket svag rättslig grund och det är därför alltid möjligt för parter att bryta denna för att offentliggöra uppgifter om de så önskar. Skiljeförfarandet uppvisar en styrka

⁹⁴ RB 10 kap 17 § 1 p samt LSF 4 §.

⁹⁵ LSF 34 §. Se även avsnitt 6.7 Klander av skiljedomar.

⁹⁶ Hanqvist s. 117.

⁹⁷ RB 5 kap 1 § samt Sekretesslagen 12 kap 4 §.

gentemot domstolsprocessen genom att det är möjligt att avtala om konfidentialitet för alla inblandade. På detta sätt kan parterna försäkra sig om att uppgifter inte blir offentligt gjorda.

Uppgifter som kan tillfoga ett företag betydande skada om de röjs går alltid att undanhålla allmänheten, oftast med direkt lagstöd. Mer allmänna uppgifter om tvisten och parterna är dock svårare att dölja. Om det är viktigt för båda parterna att uppgifterna inte kommer är det alltid mer sannolikt att dessa inte röjs till allmänheten. Här betonas att samförståndet mellan parterna är avgörande. Konfidentialiteten i skiljeförfarandet vilar därför enligt min åsikt på en mycket svag grund av samförstånd mellan parterna. Det enda sätt på vilket man kan säkra fullständig konfidentialitet i förfarandet är enligt min mening genom avtalade ekonomiska sanktioner. Sådana sanktioner bör därför avtalas om redan i skiljeavtalet om parterna har behov av att hålla uppgifter hemliga.

6.4 Kostnader för skiljeförfarandet

6.4.1 Parterna står för kostnaderna för skiljeförfarandet

Oavsett valet av tvistlösningsform uppstår kostnader för parterna. I processen vid domstol betalas kostnader för domare, lokaler och övrig personal av allmänna medel, d v s i sista hand skattebetalarna. Kostnader för vittnen och sakkunniga betalas dock av parterna själva. I skiljeförfarande är det däremot parterna som betalar arvodet till skiljemännen och kostnaderna för deras utlägg samt för lokaler och andra omkostnader under förfarandet. Till dessa kostnader för parterna kommer också ersättningen till vittnen, sakkunniga och övrig bevisning som används under skiljeförfarandet.

Förutom ersättningen till det tvistlösande organet måste parterna bära sina egna respektive kostnader för ombud och eventuellt eget nedlagt arbete i anledning av tvisten. Dessutom drabbas ofta parter av extra kostnader i samband med tvistens uppkomst, t ex driftstörningar under tiden fram till avgörandet, eller badwill i samband med att tvisten kommer till allmän kännedom. Till skillnad från domstolsprocessen blir kostnadsfrågan en viktig faktor att ta med i beräkningen, eftersom ekonomiskt svagare parter inte har samma möjligheter till rättsskydd och ett tillkortakommande när det gäller betalningen av skiljedomskostnaderna innebär oftast att förfarandet avbryts och tvisten får lösas på annat sätt, t ex genom domstolsprocess.

6.4.2 Ersättningen till skiljemännen

Vid svenska skiljeförfaranden regleras ersättningen till skiljemännen i LSF 37 §. Däri stadgas att ersättningen ska vara *skälig* och betalas *solidariskt* av parterna i skiljeförfarandet. Det är möjligt för parterna att i skiljeavtalet begränsa ansvaret för ersättningen till skiljemännen. De kan också redan i skiljeavtalet ange att ersättningen ska följa ett visst skiljedomsinstitutets regler. Huvudregeln är alltså att avtalsfrihet råder mellan parterna hur ersättningen ska se ut. Om skiljemännen åtar sig uppdraget med vetskap om parternas avtalade begränsningar av ersättningen får de anses ha godtagit dessa villkor för förfarandet utan anmärkning.⁹⁸

Vad som menas med *skälig* ersättning är inte preciserat och detta är avsiktligt från lagstiftarens sida, eftersom man menar att innebörden av skäligt nödvändigtvis varierar från förfarande till förfarande. Parterna och skiljemännen är fria att bestämma den ersättning de själva finner skälig för att genomföra förfarandet. Olika skiljemän kan ha olika erfarenheter

⁹⁸ SOU 1994:81 s. 193.

och kvalifikationer. De olika skiljedomsinstituten kan också använda sig av olika sorters expertis till priset av högre ersättning. De flesta skiljedomsinstitut har egna beräkningsregler för skiljemännens arvode och kostnaderna för utnyttjandet av institutets administrativa tjänster. Oftast handlar det om en fast grundavgift samt ett rörligt belopp beroende av tvistens komplexitet, skiljemännens antal och kunskaper samt andra tjänster nödvändiga för att genomföra förfarandet.

Enligt LSF 39 § 2 st får en skiljeman inte avtala om ersättning om inte alla parter är med om överenskommelsen. Bestämmelsen är till för att ingen skiljeman ska kunna anses partisk eller räknas som jävig p g a obetingad extra ersättning från någon av parterna. Detta är den sista och viktigaste begränsningen vid avtal om ersättning till skiljemännen. I övrigt är det fritt fram att fördela ansvaret för ersättningen mellan parterna. En snedfördelning kan fylla en viktig funktion för parterna om de är av olika ekonomisk kapacitet. En starkare part kan få en svagare att gå med på att lösa eventuella tvister i skiljeförfarande genom att ta på sig ett större ansvar för kostnaderna. Avtalsbegränsningarna i 39 § 2 st innebär dock att parterna inte kan fördela ansvaret för ersättningen hur som helst. Skiljeavtalet begränsas vidare av ogiltighetsgrunderna i den svenska Avtalslagen och kan förklaras oskäligt med avseende på skiljedomskostnadernas placering.⁹⁹ Främst är det då frågan om att svagare part blir högre belastad av kostnader och på detta sätt hamnar i ett sämre läge.

I Modellagen regleras ersättningen till skiljemännen överhuvudtaget inte. Där är det istället upp till parterna att avtala om denna. I andra lagar för skiljeförfarande är regleringen varierande. Det kan därför vara läge att vara försiktig med utformningen av skiljeavtalet med avseende på kostnadsfördelningen mellan parterna vid internationella affärsförhållanden.

Avtalsfriheten beträffande fördelningen av ersättningen på parterna utnyttjas sällan i praktiken. De flesta skiljeavtal hänvisar endast till skiljedomsinstitutets regler om ersättning för förfarandet eller begränsar den svagare partens ansvar för kostnaderna.¹⁰⁰ Har parterna inte avtalat något annat ska skiljemännen vid svenskt skiljeförfarande enligt LSF 37 § ange ersättningsbeloppet i skiljedomens och parterna har då att rätta sig efter detta. Ersättningen ska därvid anges separat för varje skiljeman. Även om skiljeförfarandet avslutas utan att detta resulterar i en slutlig dom kan skiljemännen ha krav på ersättning för nedlagt arbete och utlägg. Om parterna inte vill godkänna detta krav kan skiljemännen föra talan om ersättningen vidare vid svensk domstol.

6.4.3 Ersättning parterna emellan

Som redan diskuterats kan det solidariska ansvaret för ersättningen till skiljemännen modifieras genom parternas överenskommelse. Utöver denna ersättning uppkommer dock ytterligare kostnader i skiljeförfarandet. Ombudskostnader samt ersättning till vittnen och experter utgör den största delen av dessa. Överenskommelser parterna emellan om hur kostnaderna ska fördelas är i allra högsta grad gällande så länge de inte är att bedöma som oskäliga. Har sådan överenskommelse inte gjorts är det oftast upp till skiljenämnden att bestämma fördelningen av kostnaderna mellan parterna.

I LSF 42 § har lagstiftaren förutsatt att fördelningen ska bestämmas av skiljenämnden, men endast på yrkande av part och bara om fördelningen inte är avtalad. En anledning till detta

⁹⁹ Se t ex NJA 1981 s. 711, där kostnadsfördelningen mellan en näringsidkare och en konsument lämnades utan avseende. Jämför med NJA 1983 s. 510 där fördelningen godtogs.

¹⁰⁰ SOU 1994:81 s. 196.

ställningstagande är att det vid internationella skiljeförfaranden råder andra regler än de svenska och att man därför helst låter partautonomin råda så långt möjligt.¹⁰¹

Vid internationellt skiljeförfarande, där man oftast använder sig av ett skiljedomsinstitut för att avgöra tvisten, är det normalt så att man också låter institutet sköta både beräkningen och fördelningen av kostnaderna på parterna. I övrigt är det den lag man valt att använda sig av för att styra förfarandet som avgör möjligheterna att avtala om kostnaderna. Hur olika länder löst frågan om skiljemännens ersättning är varierande. I vissa lagrum har gjort större försök att precisera vad skälig ersättning ska vara genom att räkna in faktorer som tidsåtgång, sakens komplexitet och andra inverkan faktorer. I skiljeförfarande lagar i länder som Frankrike, Schweiz och Beneluxländerna har man istället, i likhet med modellen, valt att utelämna reglering av ersättningen för att parterna ska tvingas avtala om detta sinsemellan.¹⁰² Av detta kan man dra slutsatsen att det krävs ingående kunskaper om de nationella rättssystemen för att utnyttja dessa effektivt, och att det oftast är säkrast att avtala i förväg om kostnadernas fördelning i skiljeavtalet.

6.4.4 Säkerhet för skiljedomskostnaderna

Skiljemännen har en rätt till säkerhet för sina ersättningskrav. Det är dock ifrågasatt om skiljemännen kan begära säkerhet av endast den ena parten om denne uppvisar bristande betalningsförmåga. För att detta ska vara möjligt krävs i svensk rätt att det finns stöd för detta i avtal mellan parterna och skiljemännen. Annars skulle skiljenämndens opartiskhet kunna ifrågasättas. Det vanliga är därför att skiljenämnden begär säkerhet för kostnaderna från bägge parter samtidigt.¹⁰³

Syftet med att skiljenämnden beslutar att begära säkerhet är främst att trygga deras egen rätt till ersättning från parterna. Det kan dock tänkas att den ena parten har ett intresse av att säkerhet ställs. Om den ena parten är solvent nog att betala hela ersättningen behöver ingen säkerhet krävas för att trygga betalningen. Den solvente parten kan dock ha ett intresse av att inte ensam få stå för hela kostnaden för förfarandet och vill därför naturligtvis att säkerhet krävs av båda parterna.

I 38 § LSF regleras skiljenämndens rätt att kräva in säkerhet från parterna enligt svensk rätt. Det finns ingen bestämmelse som förbjuder skiljenämnden att bara kräva säkerhet från den ena parten. Den ökade risk som den solvente parten utsätts för anses ingå i de allmänna förutsättningarna vid valet av skiljeförfarande istället för rättegång vid vanlig domstol.¹⁰⁴

Enligt 38 § LSF är det möjligt för skiljenämnden att kräva ny säkerhet vid ytterligare yrkanden från parternas sida. Om den ena parten inte kan eller vägrar ställa säkerhet måste motparten ställa hela säkerheten ensam. Ytterligare ett osäkerhetsmoment kan uppstå i samband med att den ena parten vägrar ställa den säkerhet som skiljenämnden kräver. Ställs inte den säkerhet skiljenämnden begärt kan förfarandet avslutas eller delvis. En solvent part ställs därför inför valet att antingen ställa hela säkerheten själv eller låta skiljeförfarandet avslutas utan någon skiljedom. Om den kändande parten, som har stort intresse av att tvisten löses, är den som är svagare ekonomiskt uppstår således problem i skiljeförfarandet. Det finns

¹⁰¹ SOU 1994:81 s. 200.

¹⁰² A a s. 195.

¹⁰³ A a s. 197.

¹⁰⁴ SOU 1994:81 s. 198.

ännu inga möjligheter att med stöd av svensk lag erhålla en exekutionstitel för återvinning av ställda säkerheter för ersättning till skiljemännen eller andra kostnader i förfarandet.¹⁰⁵

En part som vägrar ställa begärd säkerhet i skiljeförfarandet förlorar dock möjligheten att åberopa skiljeavtalet som rättegångshinder skulle den andra parten gå vidare till domstol med tvisten.¹⁰⁶ Således anses en motsträvig part ha förverkat sin rätt till privat rättskipning i det föreliggande fallet. Denna sanktion drabbar dock även motparten som kanske inte önskar dra tvisten inför domstol med allt vad detta innebär. Som synes är det återigen så att parternas handlande i samförstånd är avgörande för att skiljeförfarandet ska få den effekt som avsetts.

Det torde dock finnas gränser för parts sabotageförsök av detta slag under skiljeförfarandet. Det kan hända att förfarandet avbryts eftersom skiljemännen inte anser sig kunna få ut den ersättning de har rätt till om svarande part vägrar ställa säkerhet för kostnaderna. Om part sätter sig till motvärn genom att inte ställa erforderlig säkerhet mot slutet av ett förfarande, kan detta av skiljenämnden tolkas så att parten försöker undkomma skiljedomen. En svarande part hamnar därvid i dålig dager och minskar i trovärdighet inför avgörandet.

6.4.5 Överväganden vid valet av skiljeförfarande framför rättegång

Alla i skiljeförfarandet ingående kostnader måste tas med i beräkningen vid valet av tvistlösningsform. Särskilt för en ekonomiskt underlägsen part är det viktigt att tänka på vad förfarandet kommer kosta på förhand för att inte tvistlösningen ska bli för dyr för att vara försvarlig. Även för en ekonomiskt starkare part kan det dock finnas anledning att tänka sig för, då denne kan bli tvungen att stå för hela kostnaden för förfarandet om den svagare parten visar sig vara insolvent. Det finns många taktiska beslut involverade i kostandsfrågan i skiljeförfarande och dessa kan utnyttjas till fördel av en medveten part. Kostnadsfrågan är därför mycket mer avgörande i skiljeförfarandet än i processen vid domstol där en stor del av kostnaderna täcks av staten.

Olika beräkningsgrunder för olika lagar och skiljedomsinstitut måste tas hänsyn till vid valet av plats och forum för skiljeförfarandet. Om tvisten rör mycket stora belopp torde kostandsfrågan dock vara av mindre betydelse. Samma sak gäller om parterna är relativt jämnstarka ekonomiskt. Är parterna i fullt samförstånd om att tvisten ska lösas genom skiljeförfarande, t ex av sekretess- eller effektivitetsskäl, behöver man heller inte vara orolig för att motparten ska sabotera förfarandet. Oftast är det dock inte så enkelt utan vardera parten behöver gardera sig så långt det är möjligt för att inte råka ut för obehagliga överraskningar.

Skiljeförfarandet brukar förknippas med högre kostnader för parterna jämfört med en process vid domstol. Detta torde vara en sanning med viss modifikation. Kostnaderna för förfarandet är alltid relativa den aktuella tvistens beskaffenhet och varierar därför mycket från fall till fall. De initiala kostnaderna för skiljeförfarandet är oftast högre än samma kostnader för en rättegång vid domstol i första instans. För svenskt vidkommande hävdas att skiljeförfarandet blir nästan dubbelt så dyrt som en rättegång i första instans. Om domstolsprocessen sträcker sig upp till även andra instans bärjar förhållandena jämnas ut sig något men oftast inte. Vid tre instanser i domstolsprocessen är den oftast dyrare än ett genomsnittligt skiljeförfarande.¹⁰⁷ Det ska dock än en gång påpekas att kostnaderna för skiljeförfarandet varierar mycket, inte bara från fall till fall, utan också mellan olika rättssystem och skiljedomsinstitut. Många gånger beror detta på att beräkningsgrunderna för arvudet skiljer sig åt.

¹⁰⁵ A a s. 198f.

¹⁰⁶ LSF 5 § 3 p.

¹⁰⁷ SOU 1995:65 s. 65f.

Det är viktigt att vara medveten om att ombudskostnaderna står för en mycket stor del av den totala kostnaden för tvistlösning både i domstol och skiljeförfarande. I en vanlig process vid domstol slipper parterna dessutom bära kostnaderna för det tvistlösande organet och har bara ansvar för sina egna och eventuellt motpartens ombudskostnader om de tappar målet. Tidsutdräkten för förfarandet spelar dock en stor roll för de slutliga kostnaderna för tvistlösningen. Om processen drar ut på tiden kan det medföra långvariga likviditetsproblem eller en avatannande produktion för ett företag. Ovissheten om hur tvist ska lösas kan också medföra konsekvenser för företag och försvåra relationerna till andra affärskontakter.¹⁰⁸ Det är därför viktigt att inte bara ta med de egentliga processkostnaderna för tvistlösningsorganet och ombuden i beräkningen, utan även sidokostnader av det sistnämnda slaget. Parterna kan rentav tjäna på att använda sig av skiljeförfarande som i regel är en snabbare form av tvistlösning.

6.4.6 Allmänna synpunkter på kostnader för skiljeförfarandet

Kostnaderna spelar en stor roll i valet mellan privat och offentligt forum, såtillvida att man oftast väger parternas intressen av en process som är anpassad efter deras egna önskemål mot de ökade kostnader som skiljeförfarandet för med sig. I regel används skiljeförfarandet dock oftast i kommersiella tvister om stora belopp, varför processkostnaderna också spelar en mindre roll i sammanhanget. De kan dock vara av betydelse om parterna väljer mellan att använda sig av ett skiljedomsinstitut som låter ersättningen bero på det omtvistade beloppet. I detta läge kan kostnaderna bli mycket höga och ojämförliga med kostnaden för en process i domstol. Ofta är det då andra faktorer som medverkar till att parterna använder sig av skiljeförfarande istället för rättegång.

Kostnaderna för skiljeförfarandet får istället sin största betydelse i tvister när parternas ekonomiska styrka skiljer sig åt. I ett sådant läge kan skiljeförfarandet utfalla till nackdel för den ekonomiskt svagare parten. När käranden i en situation som denna är mån om att tvisten får en snabb lösning, kan svaranden obstruera förfarandet genom att inte ställa tillräcklig säkerhet för ersättningen till skiljemännen. Det måste anses vara en stor svaghet i systemet att förfarandets slutförande beror på parternas medverkan och vilja till samarbete. Detta faktum understryker också enligt min mening att skiljeförfarandet är ytterst beroende av parternas samförstånd. Jag ställer därför frågan om det är lämpligt att bygga ett tvistlösningssystem på principen om att avtal ska hållas, om avtalsbrott inte beivras med några sanktioner?

6.5 Erkännande och verkställighet av skiljedomar

6.5.1 Betydelsen av erkännande och verkställighet

Verkställigheten är troligtvis den egenskap hos avgörandet som den vinnande parten värderar högst.¹⁰⁹ Oavsett hur en tvist avgörs är det av mycket stor betydelse om och hur avgörandet kan verkställas. Ett avgörande genom domstolsdom eller skiljedom ger den vinnande parten en exekutionstitel. I Sverige verkställs dessa genom kronofogdemyndigheten. Erkännandet av ett avgörande är naturligtvis av lika stor betydelse, främst för att erkännandet etablerar res judicata, dvs att saken inte kan tas upp på nytt inom jurisdiktionen i fråga. En dom som vunnit erkännande inom en viss jurisdiktion kan också verkställas med hjälp av de tvångsmedel som står till förfogande inom rättsordningen.

¹⁰⁸ A a s. 66.

¹⁰⁹ Hanqvist s. 119.

En vanlig svensk domstolsdom om fullgörelse bereder i allmänhet inga svårigheter för parterna vad gäller verkställighet inom svensk jurisdiktion, eftersom den ger den vinnande parten en exekutionstitel i samma stund den vinner laga kraft. För att skiljeförfarandet ska fungera krävs emellertid att det i olika hänseenden sanktioneras av särskild lagstiftning.¹¹⁰ Här krävs således att avtalsdispositionen måste godkännas av rättsordningen för att få någon effektiv verkan. Särskilt är det viktigt att skiljedomar som meddelats med stöd av andra rättsordningar kan vinna erkännande och verkställas inom svensk jurisdiktion. Det erkännande skiljedomen ges av den svenska rättsordningen är därför av största betydelse. Internationellt är det av lika stor vikt att skiljedomar från skilda platser kan verkställas där part har störst behov av det.

Reglerna för verkställighet skiljer sig åt mellan svenska och utländska skiljedomar. Därför är det viktigt att veta var gränsen mellan svensk och utländsk skiljedom ligger. Enligt 52 § LSF är en skiljedom utländsk om den meddelas utanför Sveriges gränser. En skiljedom anses alltid ha meddelats i det land där själva skiljeförfarandet anses ha ägt rum. Om förfarandet ägt rum på olika platser, vilket torde vara ovanligt, blir platsen för förfarandet en bedömningsfråga. Platsen för förfarandet har betydelse i flera sammanhang.¹¹¹ Den avgör exempelvis vilket lands lag som tillämpas på förfarandet och därmed också för om en skiljedom är direkt verkställbar i det aktuella landet eller om det krävs en särskild prövning av verkställbarheten. I Sverige görs prövningen av utländska skiljedomars verkställbarhet av Svea Hovrätt, enligt LSF 56 §.

6.5.2 Verktällighet av svenska och utländska skiljedomar i Sverige

En svensk skiljedom kan verkställas endast efter ansökan till kronofogdemyndigheten i det fall motparten inte frivilligt fullgör förpliktelsen. Utomlands är det vanligast att domstolar fattar beslut om verkställighet av skiljedomar. Detta system har ratats av den svenska rättsordningen då man ansett det effektivare att istället låta parterna vända sig direkt till den verkställande myndigheten.¹¹²

Reglerna för verkställighet av svenska skiljedomar återfinns i Utsökningsbalken 3 kap 15 §. Dessa bestämmelser gäller både legala och konventionella skiljedomar. För att en skiljedom ska kunna verkställas i Sverige måste ett flertal i lagen uppräknade villkor uppfyllas. I UB 3 kap 15 § stadgas därför att skiljedomen inte får innehålla förbehåll om ytterligare rätt till klander, att den inte får vara ogiltig och det ska inte kunna göras sannolikt att skiljedomen kan hävas genom klander p g a felaktigheter vid handläggningen av själva förfarandet.

Förbehåll om klander eller ogiltighet prövas direkt av kronofogdemyndigheten utan invändning från part. Det tredje villkoret gällande klander av skiljedomen p g a felaktigheter under skiljeförfarandet prövas endast om svarande i mål om utsökning gör sannolikt att klander kan medföra att domen upphävs. Om talan om klander inte väckts och tidsfristen löpt ut kan prövningen därför begränsas till de två första villkoren. Inget krav uppställs dock på att klandertalan måste ha väckts innan invändning görs i mål om verkställighet.¹¹³

Det görs skillnad på om en vinnande part söker verkställighet mot den tappande parten och om en skiljeman söker verkställighet mot part beträffande den ersättning som ska tillkomma

¹¹⁰ Cars s.13.

¹¹¹ Se även avsnitt 6.2 Utformningen av skiljeavtalet.

¹¹² SOU 1994:81 s. 215.

¹¹³ A a s. 214.

honom. I det sistnämnda fallet får verkställighet inte ske förrän tidsfristen för parts rätt att klandra domen löpt ut.¹¹⁴

Huruvida villkoren för verkställighet är uppfyllda i skiljedomens prövas således självständigt av kronofogdemyndigheten. Denna kan bedöma att en fråga om verkställighet av en skiljedom är så pass tvistig att den måste prövas i domstol. Detta tillvägagångssätt ska dock bara utnyttjas i undantagsfall. Exempelvis kan bedömningen om huruvida grund för klander föreligger vara komplicerad och kräva fullständig utredning.¹¹⁵ I ett sådant läge hänvisas part till att föra talan vid allmän domstol om verkställighet av skiljedomens. Skäl som talar för att en prövning av hinder för verkställighet på grund av klander ska göras i domstol är bl a annat att talan om klander ska föras där. Invändningen till kronofogdemyndigheten är bara till för att hindra verkställighet tills klanderfrågan avgjorts av domstol. Således bör ett sådant hinder för verkställighet också bedömas av domstol.

I överensstämmelse med ett flertal olika rättsfall från HD kan följaktligen en part numera vända sig direkt till allmän domstol för att kräva verkställighet av en svensk skiljedom, för att på så sätt hoppa över ett led i processen och spara tid och besvär.¹¹⁶ Detta kan vara användbart om den vinnande parten i skiljeförfarandet vet om att den tappande parten ämnar utmana domen eller om skiljedomens är mycket komplicerad till sitt innehåll.

Därutöver skiljer sig verkställigheten av en skiljedom från verkställigheten av en vanlig dom, genom att den tappande parten ska få tillfälle att yttra sig över skiljedomens innan denna verkställs av kronofogdemyndigheten. Detta stadgas i UB 3 kap 17 § och UF 5 kap 3 §. Därvid får således den tappande parten tillfälle att utmana domen och yttra sig över giltigheten enligt villkoren i UB 3 kap 15 §. Först när kronofogdemyndigheten sedan förklarat att inga hinder föreligger utfärdas en skiljedomens verkställighetsförklaring. Detta beslut kan överklagas till tingsrätt med möjlighet att fullfölja besväret i högre instanser. Om ansökan om verkställighet vinner bifall verkställs skiljedomens slutligen som en lagakraftvunnen dom. Processen är därmed något mer omständlig än vid verkställigheten av vanliga domstolsdomar där enda kravet på domen är att den ska ha vunnit laga kraft.

När det gäller erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar om fullgörelse i Sverige finns reglerna numera direkt i 52-59 §§ LSF. Lagstiftningen överensstämmer i princip med New York-konventionen, med det undantaget att skiljedomens inte behöver vara meddelad i ett annat medlemsland. En utländsk skiljedom verkställs i övrigt på precis samma sätt som en svensk sådan. I LSF anges villkoren för att den utländska skiljedomens ska vara verkställbar i Sverige. Villkoren är utformade så att den utländska domen ska verkställas om inte uppräknade omständigheter föreligger, dvs en presumtion för erkännande och verkställighet föreligger.¹¹⁷ Även i fallet med utländska skiljedomar kan alltså en prövning företas huruvida domen verkligen uppfyller villkoren. Ansökan om verkställighet av en utländsk skiljedom görs direkt till Svea Hovrätt och inte till Kronofogdemyndigheten. Prövningen av om hinder för verkställighet föreligger enligt LSF 54-55 §§ görs i detta fall av Svea hovrätt efter invändning från den tappande parten.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ A a s. 216.

¹¹⁶ Se bl a NJA 1929 s. 77, 1927 s. 560 och 1924 s. 554. Se även Hassler / Cars s. 172.

¹¹⁷ LSF 53 § samt 54-55 §§.

6.5.3 Synpunkter på verkställighet av skiljedomar i Sverige

Förutsebarheten i skiljeförfarandet blir alltså i sista hand beroende av verkställigheten av avgörandet och kronofogdemyndighetens eller Svea hovrätts bedömning av skiljedomens giltighet, samt möjligheterna till klander av denna. Som synes kan verkställigheten också dra ut på tiden något om skiljedomen är oklar eller komplicerad till sitt innehåll. För att inte råka ut för obehagliga överraskningar bör den vinnande parten således ansöka om ett interimistiskt beslut om säkerhetsåtgärder för verkställighet av skiljedomen.¹¹⁸

När det gäller utländska domstolsdomars möjligheter till verkställighet i Sverige är dessa beroende av Lugano- och Brysselkonventionerna. Är den utländska domen meddelad i ett land anslutet till någon av konventionerna är den verkställbar precis som en svensk lagakraftvunnen dom. Är den inte det uppstår genast en mängd praktiska problem. Huruvida domen kan verkställas eller inte kan vara svårt att förutse och beror i sista hand på om den uppfyller de krav som ställs av den svenska rättsordningen. I det avseendet framstår således skiljeförfarandet som ett bättre alternativ vid valet av tvistlösningsmetod.

6.5.4 Erkännande och verkställighet av skiljedomar internationellt

New York-konventionen möjliggör att svenska och utländska skiljedomar kan vinna erkännande och verkställighet i alla konventionens medlemsländer, så länge de uppfyller de uppräknade villkoren.¹¹⁹ Konventionens existens gör att skiljedomar vinner erkännande och verkställighet i långt högre grad än vanliga domar gör internationellt sett. New York-konventionen har hittills undertecknats av över 120 stater och omfattar därmed i princip alla världens betydelsefulla ekonomier.¹²⁰

Erkännandet av vanliga domstolsdomar har under de senaste åren underlättats avsevärt genom de svenska tillträdena till Lugano-konventionen och Bryssel-konventionen. Konventionerna har i stort sett identiskt innehåll men binder olika medlemsländer och kompletterar därför varandra. Trots detta är de inte äckande då viktiga stater som USA, Kanada och Indien inte finns med bland medlemsländerna.¹²¹ Därför är det också säkrare att använda sig av skiljeförfarande om avsikten är att avgörandet ska kunna verkställas i något av dessa länder eller andra icke-medlemmar. Skiljeförfarandet framstår därför som ett säkrare alternativ vad gäller erkännande och verkställighet av avgörandet utomlands. Särskilt då en så viktig handelsnation som USA inte omfattas av Lugano-konventionen för erkännande och verkställighet av vanliga domar.

6.5.5 Överväganden i anledning av möjligheterna till verkställbarhet

Det faktum att skiljedomar generellt kan angripas i högre grad än en lagakraftvunnen dom bör dock lända till eftertanke hos avtalsparterna. En vinnande part kan få problem med verkställigheten av en skiljedom även om motparten inte har något fog för sitt klander såtillvida att motparten ändå kan fördröja eller försvåra processen genom sitt yttrande.

I komplicerade avtalsrelationer är svårt för verkställande myndighet att göra en bedömning över om skiljedomen är rätt avfattad eller om det förekommit åsidosättanden av parternas överenskommelse enligt skiljeavtalet. Det är därför fullt möjligt för en tappande part att skaffa sig en tidsfrist fram till dess fullgörelse är nödvändig genom sitt yttrande. Det torde dock vara svårt för en tappande part att i längden förhindra verkställighet av skiljedomen.

¹¹⁸ NJA 1979 s. 698.

¹¹⁹ NYAC Art. V.

¹²⁰ Se Bilaga I.

¹²¹ Se Bilaga II och III.

För parterna till ett avtal står alltså valet mellan ett skiljeförfarande vars avgörande kan komma att erkännas i fler länder än en svensk eller utländsk domstolsdom, men som är angripbart i ett flertal avseenden, mot en rättegång vars dom inte kommer erkännas i lika många stater, men som är lättare verkställbar där den väl erkänns. Det framstår som självklart att parterna i ett skiljeavtal är beroende av att skiljedomen blir exigibel. Huruvida skiljedomen blir verkställbar direkt eller efter prövning av exekutiva myndigheter torde sakna betydelse, så länge tidsutdräkten mellan domens avgivande och verkställandet är alltför stor. Parterna i ett avtalsförhållande som har behov av att ett avgörande vinner erkännande och blir verkställbart i största möjliga antal stater bör därför använda sig av skiljeförfarande för att slita tvister. Det är dessutom sannolikt att verkställighet av skiljedomar kommer underlättas avsevärt i framtiden, varför skiljeförfarandet framstår som det bättre alternativet i detta avseende.

6.6 Säkerhetsåtgärder inom ramen för skiljeförfarandet

6.6.1 Vikten av effektiva säkerhetsåtgärder i skiljeförfarandet

Att det finns möjlighet att besluta om effektiva säkerhetsåtgärder som kvarstad och andra åtgärder fram till dess att avgörandet meddelas, är viktigt för att inte rättskipningen ska försvåras, t ex genom att viktig bevisning undanskaffas. I svensk rättegång vid domstol finns reglerna för kvarstad och andra säkerhetsåtgärder i 15 kapitlet RB. För att skiljeförfarandet ska kunna fungera lika väl som domstolsprocessen i detta avseende är det viktigt att även en skiljenämnd har befogenhet att besluta om sådana säkerhetsåtgärder. Säkerhetsåtgärder kan vara motiverade för att skydda part under tiden denne väntar på att skiljedom ska verkställas av exekutiv myndighet. Det kan vara av yttersta vikt för part att säkerställa sitt anspråk innan verkställighet är möjlig, t ex av utländsk skiljedom i Sverige.

Nationella domstolar används som stöd för nationella eller internationella skiljeförfaranden i flera avseenden. Detta är naturligt då domstolarna har en nära relation till och förfogar över en rad olika nationella institutioner, däribland exekutiva myndigheter. En skiljenämnd har inte samma plats i de nationella rättsordningarna och är beroende av de nationella rättssystemens erkännande för att fungera effektivt som tvistlösningsorgan. Särskilt internationella skiljedomstolar har behov att vinna godkännande och därmed handlingsfrihet inom de nationella rättssystemen.

En skiljenämnd saknar i allmänhet makt att besluta om effektiva säkerhetsåtgärder och andra tvångshjälpmedel inom ramen för skiljeförfarandet.¹²² Med effektiva säkerhetsåtgärder menas att de kan verkställas. Avsaknaden av sådana åtgärder måste anses vara en betydande brist hos skiljeförfarandet, då behovet av effektiva säkerhetsåtgärder inom detta område är minst lika stort som inom den ordinära domstolsprocessen. Bristen sägs omfatta alla sorters säkerhetsåtgärder som interimistiska beslut, kvarstad samt förhör under sanningsförsäkran.

6.6.2 Befintliga möjligheter till säkerhetsåtgärder

Möjligheten för skiljenämnd att överhuvudtaget besluta om säkerhetsåtgärder återfinns i 25 § LSF, som stadgar att skiljenämnd får göra detta endast efter begäran från part. Liknande bestämmelser finns även i andra regler för skiljeförfarande på det internationella planet.¹²³ Inga regler ger dock skiljenämnden någon uttrycklig rätt att verkställa dess åtgärder med hjälp av exekutiva tvångsmedel. Detta innebär att part i ett skiljeförfarande måste förlita sig på

¹²² Paulsson s. 4.

¹²³ Se UNCITRALs Modellag Art 9. och 17. samt ICC Rules of Arbitration Art. 23.

domstolarnas hjälp i detta avseende, när det gäller att utöva tvång mot andra parten för att säkra t ex egendom eller bevisning i skiljeförfarandet.

I förarbetena till modellagen sägs dock att det är troligt att part kommer lyda skiljenämndens krav på säkerhetsåtgärder även om det inte går att utöva tvång, eftersom denne annars hamnar i ett sämre läge vid prövningen av saken.¹²⁴ Om part inte vidtar erforderliga säkerhetsåtgärder skulle det alltså ligga honom till last inför det slutgiltiga avgörandet av tvisten. Modellagen ger också skiljenämnden möjlighet att kräva säkerhet för olika åtgärder som beslutats, för att ytterligare bättra på möjligheterna till fullgörelse. Åtgärder får bara vidtas efter yrkande från part. Inte heller i modellagen är sådana beslut exigibla utan är beroende av stöd från nationella domstolar för att kunna verkställas.¹²⁵ I UNCITRALs förfaranderegler finns motsvarande regler om interimistiska åtgärder under skiljeförfarandet i mer detaljerad form.

I Sverige är skiljeförfarandet en giltig processform vid ansökan om kvarstad eller interimistiska säkerhetsåtgärder enligt rättegångsbalken.¹²⁶ I 26 § LSF ges part möjlighet att ansöka om att vittne eller annan sakkunnig ska höras under sanningsförsäkran. På samma sätt är det möjligt att ansöka om att skriftlig bevisning eller bevisföremål ska tillhandahållas i skiljeförfarandet efter föreläggande från domstol. Dessa är för närvarande de enda legala säkerhetsåtgärder som kan vidtas inom ramen för skiljeförfarandet, och då endast med stöd av domstol. Den enda befogenhet som skiljenämnden har i detta avseende är att godkänna parts ansökan om domstols stöd för säkerhetsåtgärder enligt 26 § LSF.

Möjligheten att ge skiljenämnden befogenhet att självständigt besluta om olika exigibla säkerhetsåtgärder har diskuterats. Det har förvisso ansetts teoretiskt möjligt att ge skiljenämnden denna befogenhet men skiljedomsutredningen ansåg ändå att denna befogenhet inte var nödvändig.¹²⁷

Skiljedomsutredningen pekade särskilt på det faktum att det inte skulle vara lämpligt att tillåta skiljenämnds beslut om säkerhetsåtgärder utan någon som helst domstolskontroll av beslutet. Vidare ansåg utredningen att det inte heller var lämpligt med sådana befogenheter hos en skiljenämnd vilken inte behöver uppfylla några krav på juridisk skolning.¹²⁸ Rätten att besluta om effektiva säkerhetsåtgärder har därmed gjorts beroende av den materiella rätten, på både gott och ont. Eftersom det är möjligt att beakta utomrättsliga faktorer och döma över existensen av visst faktiskt förhållande inom ramen för skiljeförfarandet är det inte tillåtet att besluta om sådana säkerhetsåtgärder. När det därför inte går att garantera att förfarandet leder till en materiellt riktig dom enligt svensk rätt är också möjligheterna till att besluta om säkerhetsåtgärder uteslutna.

Här möter vi samma bristande förtroende som vi stöter på i argumentationen om att skiljeförfarandet inte uppfyller kravet på rättsäkerhet eftersom man där tillåts avvika från den materiella rätten i avgörandet och prövningen. Med befogenheten att besluta om verkställbara interimistiska säkerhetsåtgärder skulle behöva följa en bättre möjlighet till materiell överprövning av skiljedomen. I dagens läge är parterna i ett skiljeförfarande därför beroende av den ordinära domstolsprocessens möjligheter att använda säkerhetsåtgärder om detta skulle

¹²⁴ Seventh Secretariat Note citerat i Hanqvist s. 130.

¹²⁵ SOU 1994:81 s. 102 och Modellagen Art. 17 Power of arbitral tribunal to order interim measures.

¹²⁶ RB 15:1 samt Prop. 1980/81:84 s. 227

¹²⁷ SOU 1994:81 s. 101.

¹²⁸ SOU 1994:81 s. 101; jmf Bolding s. 50.

visa sig var av nöden för att undvika rättsförluster eller att omtvistad egendom undandras förfarandet.

Skiljeavtal medför inte att en ansökan om säkerhetsåtgärder avvisas på grund av rättegångshinder. En part förlorar heller inte rätten att åberopa skiljeavtalet som rättegångshinder trots ansökan om säkerhetsåtgärder vid domstol.¹²⁹ Det finns således alltid en möjlighet att använda sig av domstol för att framtvunga sådana tvångsåtgärder som kan anses nödvändiga i processen. En ansökan ingiven till domstol rörande beslut om säkerhetsåtgärder medför heller inte att part förlorar rätten att åberopa skiljeavtalet som rättegångshinder.¹³⁰

6.6.3 Deldomen som alternativ säkerhetsåtgärd i skiljeförfarande

En deldom kan fylla i princip samma funktion som vanliga säkerhetsåtgärder vid domstol. I Sverige kan deldom meddelas över en särskild fråga eller del av tvisten, om denna del har betydelse för det slutliga avgörandet. Detta stadgas i 29 § LSF. Deldom kan vidare meddelas över yrkande som part eller delvis medgivit, enligt 2 st samma paragraf. Deldomen blir exigibel på samma sätt som en slutlig dom meddelad av skiljenämnden.

Det skulle vara möjligt att utdöma deldom över fråga som varit föremål för interimistiska säkerhetsåtgärder, om dessa inte ländat till efterrättelse från parts sida. Genom att utdöma skadestånd i anledning av att parten inte åttlydit skiljenämndens beslut om åtgärder kan man utöva ett effektivt tryck mot parten att samarbeta.¹³¹ Kravet är dock att säkerhetsåtgärderna kan hänföras till en viss del eller fråga i tvisten, för vilken det är tillåtet att meddela deldom.

Modellagen innehåller inga direkta bestämmelser om deldomar, men det förutsätts i artikel 32.1 att dom ska kunna meddelas över del av tvisten. Även i internationellt skiljeförfarande enligt denna lag skulle det alltså vara möjligt att efterlikna civilprocessuella säkerhetsåtgärder. Möjligheterna till användandet av deldom i detta avseende är ytterst beroende av de enskilda nationella rättssystemen. Därför bör man räkna med att utrymmet för sådana konstruktioner är begränsat.

6.6.4 Särskilda interimistiska åtgärder i skiljeförfarandet

Innan skiljenämnden utsetts finns vanligtvis inga möjligheter att besluta om interimistiska åtgärder i ett skiljeförfarande. Därför har man inom vissa skiljedomsinstitut gjort försök med särskilda ”journämnder” för att åtgärda denna brist. Journämnderna har bara utnyttjats i de fall parterna uttryckligen avtalat därom. Internationella Handelskammaren i Paris har även ett särskilt förfarande, en s k Pre-Arbitral Referee Procedure, där parterna kan kan erhålla beslut om olika former av säkerhetsåtgärder innan det verkliga förfarandet inleds.¹³² Dessa beslut är dock inte exigibla och kan därför inte verkställas på samma sätt som en skiljedom.¹³³

World Intellectual Property Organisation (WIPO) har inrättat ett särskilt skiljeförfarande efter ICCs modell, men inom ramen för WIPOs eget skiljedomssystem. Istället för interimistiska beslut som inte kan verkställas direkt meddelar man exigibla skiljedomar. För att inga problem ska uppstå om skiljedomarna inte medges verkställighet inom vissa jurisdiktioner

¹²⁹ Hassler/Cars s. 168 samt SOU 1994:81 s. 101f.

¹³⁰ SOU 1994:81 s. 102.

¹³¹ Hanqvist s. 130f.

¹³² Se bl a ICC Pre-Arbitral Referee Procedure art. 2.1.

¹³³ Hanqvist s. 132.

använder man sig av kompletterande vitesregler. Dessa vitesregler ska säkra att den tappande parten efterlever skiljedomen.¹³⁴

6.6.5 Andra former av säkerhetsåtgärder

Som tidigare diskuterats är skiljemännen enligt svensk rätt inte behöriga att höra vittnen under ed eller uppta partsutsaga under sanningsförsäkran. Skiljenämnden får heller inte förelägga vite eller använda några tvångsmedel för att inhämta bevisning. Om detta finns bestämmelser i 25 § LSF. Enligt 26 § LSF får dock skiljemännen på begäran av part ansöka om domstols stöd vid upptagandet av bevisning. På detta sätt kan man säkra att bevisningen blir lika tillfredställande som i en process vid domstol. Vid upptagandet av bevisning i domstolens regi ska också rättegångsbalkens regler användas, d v s bestämmelserna i tredje avdelningen om bevisning.

Internationellt är möjligheterna till effektiv bevisupptagning naturligtvis starkt beroende av det nationella regelsystem man rör sig inom. Internationella skiljeförfaranden är också alltid beroende av nationella domstolar för att använda effektiva tvångsmedel av olika slag. Det är förmodligen inte möjligt att endast via avtal skapa samma säkerhet i skiljeförfarandet. Det skulle visserligen kunna ifrågasättas om vikten av straffsanktionerad bevisupptagning verkligen är av nöden i dessa sammanhang. UNCITRAL-reglerna innehåller regler för bevisupptagning, både muntlig och skriftlig sådan, men dessa innehåller inga bestämmelser för tvångsåtgärder i samband med bevisupptagningen.¹³⁵ Det finns därför inga möjligheter till att ålägga parter, vittnen eller sakkunniga några som helst sanktioner om de skulle fara med osanning eller inte åtlyda skiljenämndens krav.

ICC-reglerna innehåller heller inga sanktionerade tvångsåtgärder när det gäller bevisupptagningen under skiljeförfarandet. Part som inte frambringar de bevis som skiljenämnden kräver riskerar dock att komma i dålig dager eller mista sin trovärdighet inför det slutgiltiga avgörandet av tvisten. I övrigt lämnas parts tillkortakommanden när det gäller bevisningen utan avseende. Så är fallet med de flesta internationella skiljedomsinstituts regler.

6.6.6 Överväganden och allmänna synpunkter

Ett skiljeförfarande ska förvisso grundas på samförstånd mellan parterna, men i det fall partsviljan brister är det viktigt att kunna använda sig av effektiva säkerhetsåtgärder för att framtvinga medverkan under förfarandet. Trots detta är möjligheterna till säkerhetsåtgärder förhållandevis dåliga inom ramen för skiljeförfarandet. Det kan med fördel hävdas att ett skiljeförfarande som är knutet till ett visst lands nationella rättssystem framstår som ett bättre alternativ när det gäller effektiva säkerhetsåtgärder. En nationell lag för skiljeförfarande är närmare knuten till landets domstolssystem och fungerar därför bättre för processuella säkerhetsåtgärder än motsvarande avtalsbaserade regelsystem som kan återfinnas hos större skiljedomsinstitut.

Diskussionen ovan om säkerhetsåtgärder inom ramen för skiljeförfarandet kan dock ses som ett exempel på att skiljeförfarandet och domstolsprocessen tjänar som utmärkta komplement till varandra, och att en total avsaknad av tvångsmoment i tvistlösningen inte alltid är av godo. På området för säkerhetsåtgärder i skiljeförfarande är regelverket i många avseendet ofullständigt, vilket ställer ökade krav på parternas medvetenhet och ombudens skicklighet vid upprättandet av skiljeavtal. Tillfredsställande säkerhetsåtgärder kan därför vara en viktig faktor att räkna med vid valet av plats och regelverk för ett internationellt skiljeförfarande.

¹³⁴ Se WIPO/ARB/DR/5.

¹³⁵ Se UNCITRAL Arbitration Rules Art. 24 och 25.

8.7 Klander av skiljedomar

8.7.1 Anledningen till att skiljedomen kan angripas i domstol

Ett av syftena med skiljeförfarandet är att parterna ska få till stånd ett snabbt och slutligt avgörande. Som en följd därav blir parterna tvungna att avstå från rätten att överklaga en skiljedom på materiella grunder. För det fall att en skiljedom tillkommit på ett sätt som gör att den kan ifrågasättas materiellt måste det dock finnas ett sätt att angripa denna. Det bör alltid finnas en sista utväg för att korrigera felaktiga domslut. Överprövningsmöjligheterna kan även motiveras av hänsyn till allmänna intressen och av skyddet för tredje man.¹³⁶

Intresset av ett snabbt och slutgiltigt avgörande måste dock respekteras så långt det är möjligt. Alltför stora möjligheter till att angripa en skiljedom tar delvis bort syftet med att avända sig av skiljeförfarande för att slita tvisten. Stora möjligheter till överprövning skulle också leda till att parterna drabbas av höga kostnader när tvisten dras inför en eller flera instanser vid domstol. Om det är möjligt att överpröva en skiljedom på materiella grunder går fördelarna med att slita internationella avtalstvister utanför de nationella domstolarna förlorade. Det finns alltså ett flertal skäl till att inte tillåta överprövning av skiljedomar alltför lättvindigt.

6.7.2 Uppdelningen i ogiltighet och klander

Att det ska finnas möjligheter att ogiltigförklara en skiljedom enligt svensk lag motiveras främst av det allmänna intresset att skydda tredje man mot att skiljenämnden överskrider sin behörighet. Rättskraften hos en felaktigt meddelad skiljedom ska inte drabba utomstående parter som inte har någon anknytning till tvisten. Ogiltighet kan komma ifråga även om ingen av parterna påtalar detta faktum.¹³⁷ När det gäller internationellt skiljeförfarande där man valt att använda sig av ett skiljedomsinstitut förekommer oftast inga bestämmelser om ogiltighet. Tvärtom motarbetas sådana bestämmelser nästan undantagslöst.¹³⁸ Det är därför upp till parterna att avtala om förbehåll för materiell överprövning i skiljeavtalet i dessa fall.

Rätten till klander kommer istället av att parterna ska ha en möjlighet att angripa skiljedom om det som gemensamt avtalats åsidosatts på något sätt under förfarandet. För att en skiljedom ska upphävas eller delvis enligt någon av klandergrunderna krävs dock, till skillnad från ogiltighet, att part påtalar detta vid domstol. LSF innehåller således en uppräkningslista av klandergrunder i sex punkter i 34 §. Liknande klandergrunder återfinns också i art 34.2 Modellagen. ICC-reglerna innehåller dock inga bestämmelser om rätt till klander av skiljedomar meddelade av dem.

6.7.3 Möjligheterna till klander av svensk skiljedom

Enligt 34 § LSF kan skiljedom klandras om skiljeavtalet inte varit giltigt mellan parterna eller om skiljenämnden överskridit sin behörighet eller den tid som parterna angivit som gräns. Här kan klandergrunden betraktas som en slags begränsning av skiljemännens uppdrag. Skiljemännen kan således överskrida sin behörighet genom att exempelvis pröva en fråga som inte omfattas av skiljeavtalet eller fråga som visserligen omfattas men inte hänskjutits till prövning av parterna. Behörighetsöverskridande uppstår också om skiljenämnden bryter mot parternas föreskrifter i anledning av prövningen av tvisten. Om skiljenämnden går utanför parternas yrkanden har de också överskridit sina befogenheter. Det är dock osäkert om det

¹³⁶ SOU 1994:81 s. 169.

¹³⁷ Se t ex LSF33 §.

¹³⁸ Se avsnitt 6.2 Utformningen av skiljeavtalet.

faktum att skiljenämnden grundar domen på en omständighet som inte åberopats ger parterna grund för klander.

Vidare kan klander grundas på att skiljeförfarandet har ägt rum i Sverige i strid med 47 § LSF eller om någon skiljeman varit felaktigt utsedd eller obehörig. När det gäller skiljemännens obehörighet gäller klandergrunderna inte bara brister beträffande vem som utsett skiljeman utan också att denne saknat av parterna föreskrivna kvalifikationer.

Slutligen kan klander grundas på att tvistens handläggning på annat sätt varit felaktig och detta i någon utsträckning inverkat på utgången. Dessa grunder för klander innefattar allt åsidosättande av den svenska lagen om skiljeförfarande eller föreskrifter som parterna gjort i skiljeavtalet beträffande förfarandets handläggning. Klandergrunderna är således mycket omfattande och en domstol får pröva om omständigheterna grundar rätt till klander i varje enskilt fall.

Möjligheterna till klander inskränks i olika preklusionsregler. Om en part deltagit i förfarandet utan att göra gällande någon av klandergrunderna eller på annat sätt får anses ha godtagit förfarandet kan han inte i efterhand åberopa dessa för att klandra skiljedomen. Som part gäller det därför att vara på sin vakt under hela den tid som förfarandet fortlöper. Samtidigt som preklusionsreglerna inskränker ger de också parterna en rätt att avstå från att åberopa olika grunder för hävning av skiljedomen. Uppmärksammas bör dock att part också genom konkludent handlande anses acceptera skiljedomen även om inget giltigt skiljeavtal funnits mellan parterna.¹³⁹

Eftersom skiljeförfarandet grundas på parternas överenskommelse i skiljeavtalet är det naturligt att en skiljedom ska kunna hävas om den inte grundar sig i ett mellan parterna existerande och giltigt skiljeavtal. Ett överskridande av skiljemännens behörighet är uppenbart då domen går utöver parts yrkanden. Det är dock svårare att förutsäga om skiljedom kan klandras om skiljenämnden till grund för avgörandet lagt omständigheter som inte åberopats av parterna.¹⁴⁰

Det kan också ifrågasättas om det faktum att skiljenämnden tolkat parternas rättsliga argumentering på ett visst sätt kan konstituera grund för klander av skiljedomen. I svenska skiljeförfaranden torde skiljenämnden kunna utgå från att parterna förutsatt en prövning enligt svenska rättsprinciper för det fallet inget annat anges i skiljeavtalet. Vid internationella skiljeförfaranden är denna utgångspunkt dock inte lika självklar.

Om det begåtts något fel i handläggningen under förfarandet ska skiljedomen också kunna angripas genom klander. Det krävs dock att felet har något bevisbart samband med skiljedomen för att grund för klander ska föreligga. Sambandet har ansetts nödvändigt med tanke på att skiljeförfarandet är avsett att snabbt leda till ett slutgiltigt avgörande för parterna. Om obetydliga fel under förfarandet alltför lättvindigt medför att skiljedomen kan klandras av den tappande parten förlorar skiljeförfarandet ett av sina huvudsyften.¹⁴¹

6.7.4 Möjligheterna till klander av skiljedomar internationellt

På det internationella planet existerar ett flertal olika lösningar på problemet med klander av skiljedomar. Klandermöjligheterna har ofta ett nära samband med erkännande och

¹³⁹ SOU 1994:81 s. 180.

¹⁴⁰ A a s. 176.

¹⁴¹ SOU 1994:81 s. 179.

verkställighet av skiljedomar. Sambandet emanerar ur det förhållandet att klandervärda skiljedomar inte kan verkställas enligt New York-konventionen. Konventionen räknar upp ett antal grunder för klander, bl a att skiljedomen inte ska strida mot parternas överenskommelse eller lagen i det land där den är meddelad. Modellagen innehåller också en artikel för klander av skiljedomar meddelade med stöd av denna lag. Artikeln innehåller också en bestämmelse som motsvarar New York-konventionens krav för erkännande av skiljedomar.¹⁴² Eftersom de flesta lagar för skiljeförfarande, nationella och institutionella, är beroende av att bli erkända och verkställda enligt New York-konventionen, innehåller de ungefär samma klandergrunder som de som uppräknas i konventionen. Konventionen tjänar därför som en minsta gemensamma nämnare för klandergrunder.

Enligt den svenska lagstiftningen för skiljeförfarande krävs att begånget fel i skiljeförfarandet ska ha påverkat den slutgiltiga skiljedomen för att hävning genom klander ska vara möjlig. Övriga europeiska lagstiftningar för skiljeförfarande har inga sådana krav på samband mellan ett begånget fel och den slutgiltiga skiljedomen, utan grund för klander föreligger ändå. Lagstiftningarna varierar således något mellan olika rättsordningar även om grunderna för klander har likartat ursprung.

Tidsfristen för återopande av klandergrunder har harmoniserats på det internationella planet. Enligt Modellagen är denna frist tre månader. De flesta europeiska lagar för skiljeförfarande följer Modellagens exempel i detta fall. Så även den svenska LSF.¹⁴³

6.7.5 Överväganden och allmänna synpunkter på klandermöjligheten

Först och främst måste parterna vara medvetna om de olika möjligheterna till klander, dels klandergrunderna enligt olika lagar för skiljeförfarande, och vilka åtgärder som kan vidtas redan vid upprättandet av skiljeavtalet. Klandergrunderna skulle kunna ha en viss, om än marginell, påverkan på valet av förfaranderegler. Detta avgörs naturligtvis av om parterna anser det vara till nackdel eller fördel att skiljedomen kan klandras och hävas i vissa lägen. En möjlighet är att använda sig av Modellagen, som använder i stort sett samma klandergrunder som NYACs krav för erkännande och verkställighet. Alla de länder som godkänt Modellagen måste pröva talan om klander som grundar sig på denna lag. Genom att använda sig av dessa regler kan parterna försäkra sig om att klandermöjligheter finns i åtminstone samma utsträckning som anges i NYAC. Parterna kan också vara säkra på att klandertalan också kommer prövas i alla de länder som anslutit sig till Modellagen.

Om avsikten med skiljeförfarandet enbart är att tvisten ska få ett snabbt och slutgiltigt slut, kan det vara till nackdel om klandermöjligheterna är alltför stora. Det ligger i parternas intresse att begränsa klandergrunderna till de allra nödvändigaste för att inte riskera att en skiljedom blir alltför osäker och lättare undanröjd. Tidfristen för klander blir därmed också av stor betydelse, eftersom det ofta är snabbheten i skiljeförfarandet som är avgörande för parternas val av tvistlösningsforum. En alltför lång klanderfrist leder förmodligen i många fall till försenad verkställighet av skiljedomen och därmed också större ekonomiska konsekvenser för parterna. Om klanderfristen vida överstiger den lagstadgade tiden för överklagande vid nationell domstol, som i svensk rätt är tre veckor enligt RB, uppstår ett osäkerhetsmoment för parterna att ta med i beräkningen vid valet av tvistlösningsforum.

De fall där parterna medvetet väljer förfaranderegler efter hur få klandergrunderna är torde dock vara mer undantag än regel. I de flesta fall torde parterna föredra att förfarandet leder till

¹⁴² Modellagen Art. 34.2 med särskild tonvikt på (a)(iv).

¹⁴³ Modellagen Art. 34.3 samt 34 § 3 st LSF.

en så korrekt och rättvis skiljedom som möjligt, varför man också kan ha nytta av att kunna angripa denna i händelse av felaktigheter under förfarandet eller i bedömningen av sakfrågan. Det torde också vara särskilt viktigt att möjligheterna till klander finns inom ett privaträttsligt tvistlösningssystem som skiljeförfarandet, eftersom de sedvanliga garantier för en opartisk och uttömmande prövning inte existerar såsom vid förfarande i domstol. Möjligheterna till klander representerar enligt min åsikt en sista utväg för parterna i ett skiljeförfarande. De utgör en garanti mot åsidosättande av rättssäkerheten på så sätt att de ger möjlighet att angripa oförutsebara avgöranden som strider mot vad parterna överenskommit i skiljeavtalet. Om skiljemännen prövat fråga som inte borde prövats eller om de på annat sätt överskridit sina befogenheter kan parterna därför undanröja hela eller delar av skiljedomen genom klander.

7. Avslutande synpunkter

Det är tydligt att skiljeförfarande och rättegång är två system som i viss mån uppfyller olika funktioner i det moderna samhället. I viss mån kompletterar de också varandra såtillvida att det ena systemet oftast täcker upp det andras brister. Skiljeförfarandets existens motiveras just av detta faktum, att det erbjuder en alternativ form av tvistlösning, när parterna prioriterar vissa hänsyn framför andra. Skiljeförfarandet tar således större hänsyn till partsviljan och önskemål om hur processens ska utformas. I gengäld får parterna räkna med att förlora en del av de säkerheter som det traditionella domstolssystemet erbjuder.

Skiljeförfarandet grundar sig på samförstånd och överenskommelse mellan avtalsparterna. Detta samförstånd är också en förutsättning för att skiljeförfarandet ska utfalla till fördel för parterna. När partsviljan brister i olika avseenden uppstår svårigheter som ofta kräver att parterna använder sig av nationella tvångsmedel eller söker stöd hos nationell domstol. Det finns därför all anledning för parterna att gardera sig mot oförutsedda överraskningar och svårigheter, t ex genom att ena partens samarbetsvilja brister under förfarandet.

Jag har försökt beskriva ett urval av frågeställningar som är särskilt viktiga att ta med i bedömningen vid valet mellan skiljeförfarande och rättegång. Redan vid utformningen av skiljeavtalet måste parterna ha klart för sig vilka fördelar och nackdelar som valet av skiljeförfarande kan föra med sig och vilka åtgärder som behöver vidtas i anledning av dessa. Eftersom skiljeförfarandet är ett uttryck för överenskommelse mellan parterna fungerar det oftast bättre om ingen av parterna blivit tvingad eller lurad att delta. Vid utformningen av skiljeavtalet är det likaledes viktigt att båda parter gynnas och drar fördel av skiljeförfarandet. Om den ena parten känner sig missgynnad av skiljeförfarandet när tvist uppkommer finns risk att denne obstruerar förfarandet och vägrar samarbeta. I detta läge blir skiljeförfarandet oftast till nackdel för båda parter och dessa kan bli tvungna att söka andra vägar för att lösa tvisten.

Betydelsefulla faktorer vid valet av skiljeförfarande framför rättegång, såsom möjligheten till konfidentialitet och ett snabbt slutligt avgörande, är beroende av att parterna är överens om hur tvisten ska lösas och hur skiljeförfarandet ska fortlöpa. Är parterna inte överens om hur dessa frågor ska regleras vid upprättandet av skiljeavtalet kan problem uppkomma p g a dessa meningsskiljaktigheter. Ett snabbt avgörande beror av att parterna avstått från överprövning, begränsade möjligheter till klander samt skiljeavtalets föreskrifter om förfarandet. Alla dessa faktorer är i sin tur beroende av konsensus mellan parterna. Konfidentialiteten bibehålls bäst om den är avtalad mellan parterna. Om part önskar frångå det överenskomna skiljeavtalet finns dock ett flertal möjligheter att göra detta och på så sätt omintetgöra skiljeförfarandet.

Skiljeförfarandet är också beroende av stöd från nationella rättsordningar för att kunna fungera effektivt. Att skiljeförfarandet är ett internationellt gångbart forum för tvistlösning beror främst på att skiljedomar kan verkställas i större utsträckning än vanliga nationella domstolsdomar. Samtidigt är det nästan alltid enklare att få en nationell domstolsdom verkställd i det land där den är meddelad. Valet mellan privat och offentligt forum för tvistlösningen är därför avhängigt i vilka länder avgörandet måste kunna verkställas. Skiljenämnd blir också tvungen att ta hjälp av nationella domstolar för att besluta om effektiva tvångsåtgärder för att säkerställa parts intressen under skiljeförfarandet.

Skiljeförfarandet uppvisar således ett flertal osäkerhetsmoment som parterna måste ta under avvägning vid valet av tvistlösningsforum. I sista hand är det parternas konsensus som avgör om skiljeförfarandet blir till fördel eller nackdel jämfört med en vanlig process vid domstol.

Litteraturförteckning

Litteratur

- Andersson, Torbjörn, *Rättsskyddsprincipen*, Uppsala 1997
- Bolding, Per Olof, *Skiljeförfarande och rättegång*, Stockholm 1956
- Cars, Thorsten, *Lagen om skiljeförfarande – En kommentar*, Stockholm 1999
- Ekelöf, Per-Olof/Boman, Robert, *Rättegång - Första häftet*, 7:e uppl., Stockholm 1990
- Hassler, Åke/Cars, Thorsten, *Skiljeförfarande*, Stockholm 1989
- Lindell, Bengt, *Alternativ tvistlösning*, Uppsala 2000
- Lindell, Bengt, *Civilprocessen*, Uppsala 1998
- Lindell, Bengt, *Partsautonomins gränser*, Uppsala 1988
- Olsson, Bengt/Kvart, Johan, *Tvistlösning genom skiljeförfarande*, Stockholm 2000
- Paulsson m fl, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, Haag 1999
- Rudling, Arvid, *Rättssäkerhet i rättegång*, Stockholm 1947
- Stein, Peter, *Att läsa Hayek*, Stockholm 1985
- Stockholm Chamber of Commerce, *Arbitration in Sweden*, Stockholm 1984

Artiklar och tidskrifter

- Hanqvist, Dan, *Ur askan i elden?* i Svensk Juristtidning 1998
- Ramberg, Göran, *Utformningen av skiljeklausuler* i Ny juridik 4:97, Stockholm 1997

Svenska rättsfall

- HD-T-1881-99
- NJA 1924 s. 554
- NJA 1927 s. 560
- NJA 1929 s. 77
- NJA 1979 s. 698

NJA 1981 s. 711

NJA 1983 s. 510

Utländska rättsfall

Esso/BHP v. Plowman (1995), 11 Arbitration International 235.

Offentligt tryck

Proposition 1998/99:35

Skiljedomsutredningens delbetänkande (SOU 1995:65), *Näringslivets tvistlösning*, Stockholm 1995

Skiljedomsutredningens delbetänkande (SOU 1994:81), *Ny lag om skiljeförfarande*, Stockholm 1994

Svensk författningstext

Konsumentköplag (1990:932)

Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område

Lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter

Lagen (1999:116) om skiljeförfarande

Rättegångsbalken

Sekretesslagen (1980:100)

Utsökningsbalken

Internationella rättsakter

ICC Rules of Arbitration, International Chamber of Commerce, Paris 1998

UNCITRAL Arbitration Rules, United Nations, New York 1977

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, United Nations, New York 1994

WIPO Arbitration Rules, WIPO Arbitration and Mediation Center, WIPO, Geneva 1994

Internationella konventioner

Bryssel-konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område, 1968

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York 1958

Lugano-konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område, 1988

Bilaga I – Stater anslutna till New York-konventionen

Algeriet	Japan	Sri Lanka
Amerikanska Samoa	Jordanien	Storbritannien
Antigua och Barbuda	Jugoslavien	Surinam
Argentina	Jungfruöarna	Sverige
Armenien	Kambodja	Schweiz
Australien	Kamerun	Syrien
Bahrain	Kazakstan	Tanzania
Bangladesh	Kenya	Thailand
Barbados	Kina	Tjeckien
Belgien	Korea	Trinidad Tobago
Beliz	Kroatien	Tunisien
Benin	Kuwait	Turkiet
Bermuda	Kirgistan	Tyskland
Bolivia	Laos	Uganda
Bosnien Herzegovina	Lettland	Ukraina
Botswana	Lesotho	Ungern
Brunei Darussalam	Libanon	USA
Bulgarien	Litauen	Uruguay
Burkina Faso	Luxemburg	Uzbekistan
Canada	Madagaskar	Vatikanstaten
Caymanöarna	Makedonien	Venezuela
Centralafrikanska Republiken	Malaga	Vietnam
Chile	Malaysia	Vitryssland
Cocosöarna	Mali	Wake Island
Colombia	Mauretanien	Wallis & Futuna Islands
Costa Rica	Mauritius	Zimbabwe
Cuba	Mexico	Österrike
Cypern	Moldavien	
Danmark	Monaco	
Djibouti	Mongoliet	
Dominikanska Republiken	Marocko	
Ecuador	Mozambique	
Egypten	Nepal	
Elfenbenskusten	Nederländerna	
El Salvador	Nederländska antillerna	
Estland	Nya Zealand	
Filippinerna	Niger	
Finland	Nigeria	
Frankrike	Norfolk Island	
Franska polynesien	Norge	
Georgien	Oman	
Ghana	Pakistan	
Gibraltar	Panama	
Grekland	Paraguay	
Grönland	Peru	
Guam	Poland	
Guatemala	Portugal	
Guernsey	Puerto Rico	
Guinea	Rumänien	
Haiti	Ryssland	
Hong Kong	San Marino	
Indien	Saudiarabien	
Indonesien	Senegal	
Irland	Singapore	
Isle of Man	Slovakien	
Israel	Slovenien	
Italien	Sydafrika	
	Spanien	

Bilaga II – Stater anslutna till Lugano-konventionen

Belgien
Danmark
Finland
Frankrike
Grekland
Irland
Island
Italien
Luxemburg
Nederländerna
Norge
Portugal
Schweiz
Spanien
Storbritannien och Nordirland
Sverige
Tyskland
Österrike

Bilaga III – Stater anslutna till Bryssel-konventionen

Belgien
Danmark
Finland
Frankrike
Grekland
Irland
Italien
Luxemburg
Nederländerna
Portugal
Spanien
Storbritannien och Nordirland
Sverige
Tyskland
Österrike

Bilaga IV – Stater anslutna till UNCITRALs Modellag

Australien
Bahrain
Bermuda
Bulgarien
Canada
Cypern
Egypten
Guatemala
Hong Kong
Indien
Iran
Irland
Kenya
Litauen
Malta
Mexico
Nya Zealand
Nigeria
Oman
Peru
Ryssland
Skottland
Singapore
Sri Lanka
Tunisien
Tyskland
Ukraina
Ungern
USA (Californien, Connecticut, Oregon och Texas)
Zimbabwe